Die Entwicklung des Rechtsinstituts der freien gewillkürten Stellvertretung seit dem Abschluß der Rezeption in Deutschland bis zur Kodifikation des BGB

von

Huberta Bauer

aus Berlin

1963

1963 № 30

Die Entwicklung des Rechtsinstituts der freien gewillkürten Stellvertretung seit dem Abschluß der Rezeption in Deutschland bis zur Kodifikation des BGB

Inaugural-Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
zu Erlangen-Nürnberg

R.UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

vorgelegt von
Huberta Bauer
aus Berlin

Approbiert am: 1. Februar 1963

Referent: Professor Dr. J. Herrmann

Dekan: Professor Dr. J. Herrmann

I N H A L T S Ü B E R S I C H T

1. Kapitel — Das Recht des Corpus Juris Justinians
S. 2 - 9

2. Kapitel — Die Behandlung des Grundsatzes "alteri nemo stipulari potest" in der Glosse und bei den Vertretern der sog. eleganten Jurisprudenz.
S. 1o - 25

3. Kapitel — Die Behandlung des Grundsatzes im usus modernus pandectarum.
S. 26 - 35

4. Kapitel — Der Einfluß des canonischen Rechts auf dem Gebiet des rechtsgeschäftlichen Handelns von Mittelspersonen.
S. 36 - 48

5. Kapitel — Die Lehre von der Stellvertretung und den Verträgen zu Gunsten Dritter bei den Anhängern des Naturrechts.
S. 49 - 63

6. Kapitel — Die Regelung direkter Stellvertretung in den Kodifikationen der Naturrechtsepoche und ihre Behandlung in der Rechtsprechung der deutschen Staaten im ausgehenden 18. und beginnenden 19. Jahrhundert.
S. 64 - 89

I. Der Codex Maximilianeus bavaricus civilis und die Rechtsprechung des bayerischen obersten Gerichtshofes.
S. 66 - 69

II. Das preußische Landrecht und die Rechtsprechung des preußischen Obertribunals.
S. 7o - 76

III. Der code Napoléon.
S. 76 - 79

IV. Das ABGB für die gesamten Erbländer der österreichischen Monarchie und die Rechtsprechung des k.k. obersten Gerichtshofes.
S. 79 - 82

V. Das sächsische Gesetzbuch von 1865 und die Rechtsprechung des königlich sächsischen Oberappellationsgerichtshofes.
S. 83 - 87

VI. Die Rechtsprechung der übrigen obersten Gerichte der deutschen Staaten auf dem Gebiet der Stellvertretung.
S. 88 - 89

7. Kapitel Die wissenschaftliche Behandlung der Stellvertretungslehre in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts unter dem Einfluß des Corpus Juris Justinians.
S. 9o - 11o

I. Die sog. Zessionstheorie
S. 91 - 96

II. Die sog. Geschäftsherrntheorie.
S. 97 - 11o

8. Kapitel Die Stellvertretungslehre des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches und die sog. Repraesentationstheorien.
S. 111 - 14o

I. Das allgemeine deutsche HGB
S. 113 - 114

II. Die Repraesentationstheorien.
S. 115 - 135

Anhang: Die Rechtsprechung des ROHG und des RG zu Fragen der direkten Stellvertretung.
S. 136 - 14o

9. Kapitel Die Sondermeinungen von Thöl, Kuntze, Schloßmann und Mitteis.
S. 141 - 149

1o. Kapitel Die Kodifikationsarbeiten zum BGB.
S. 15o - 161

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

Alciat Andreas	Opera omnia, Basilae 1582 Opera omnia, Francofurti 1617
Bähr Otto	Ih. Jahrbücher, Band 6 S. 286 ff (1863) "Über Irrungen beim Contrahiren durch Mittelspersonen."
Baron J.	Pandekten, 6. Auflage, Leipzig 1887
Bechmann August	System des Kaufs nach gemeinem Recht, 2. Band, Erlangen 1884
Fratres Becmanni	Consilia et Decisiones, Göttingen 17
Beseler Georg	System des gemeinen deutschen Privat rechts, 2. Band, Leipzig 1853
Boehmer Gustav	Grundlagen der bürgerlichen Rechts ordnung, 2. Buch, 1. Abteilung, Tübingen 1951
Böhmer I.H.	Exercitationes ad Pandectas, Tom.II Hannover et Göttingen 1747
v. Brauer	Erläuterungen über den Code Napoleon und die großherzogliche Badische bürgerliche Gesetzgebung, 3. Band, Karlsruhe 181o
Brinz	Lehrbuch der Pandekten, 2. Auflage, 4. Band, Erlangen und Leipzig 1892
	Krit. Blätter civilistischen Inhalts Nr. 2 S. 11 ff (1852): "Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen."

Brunnemann Joh. — Commentarius in Codicem Justinianeum Lipsiae 1672

Buchka Hermann — Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen. Rostock und Schwerin 1852

v. Canstein — Grünhut's Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, 3. Band S. 67o ff (1876): "Vollmacht und Auftrag mit Stellvertretungsbefugnis."

Carpzow Benedict — Definitiones forenses,Lipsiae et Francofurti 1694

Decisionum illustrium Saxonicarum synopsis, Lipsiae 1686

Cocceji Samuel — Jus civile controversum, pars II, Francofurti ad Viadrum 1718

Jus civile controversum, Tom. II, Lipsiae 1718

Colin-Capitant-de la Morandière — Traité de Droit civil, Tome premier, Paris 1957

Covarruvias — Interpretatio, Tom.I pars II, 1583 - 1615

Curtius — Archiv für civilistische Praxis, 58. Band S. 69 ff (1875)

Dernburg Heinrich — Pandekten, 1. Band, Berlin 1884

Lehrbuch des Preuß. Privatrechts, 2. Band, 3. Auflage, Halle 1882

Heidelberg. Krit. Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft, 1. Band, S. 1 ff (1853)

Enneccerus-Kipp-Wolff	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Band, 1. Abt., 12. Bearbeitung, Marburg 1928
Everding Karl Friedrich	Die dogmengeschichtliche Entwicklung der Stellvertretung im 19. Jahrhundert, Dissertation, Münster 1951
Faber Anton	Definitiones forenses, Lipsiae 17o6
	Rationalia ad Pandectas, Tom. I, Lugduni 1659
Fachinaeus Andreas	Controversiae juris, tertia editio, Ingolstadii 16oo
Förster-Eccius	Preußisches Privatrecht, 1. Band, 7. Auflage, 1896
Gareis Carl	Die Verträge zu Gunsten Dritter, Würzburg 1873
Glück	Ausführliche Erläuterungen der Pandekten nach Hellfeld, 4. Theil, 2. Auflage, Erlangen 1876
Goeddaeus Joh.	Commentarius de contrahenda et committenda stipulatione, Herbonae Nassoviarum 16o2
v. Groenewegen S.	Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus, Noviomagi 1664
Grotius Hugo	De iure belli ac pacis, Amsterdami 1712
Hahn Henricus	Observata Theoretico-practica ad M. Wesenbecii Commentarios, 1675

v. Hahn	Zeitschrift für Handelsrecht, 29. Band, S. 1 ff (1884): "Beitrag zur Lehre vom Kommissionsgeschäft."
Harpprecht Ferdinand	Consilia Tubingensia, 1695
Harpprecht Joh.	Opera omnia, Tom. III 1629
Heineccius Ja. Gottlieb	Elementa Juris civilis, 4. editio, Amsterdami 1738
Hellmann Friedrich	Die Stellvertretung im Rechtsgeschäft, München 1882
	Krit. Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung, 19. Band, S. 351 ff (1877)
Hertius Jo.Nicolai	Commentationum atque opusculorum volumen primum, Francofurti ad Moenum 1737
Hoppius Jo.	Commentatio succincta ad Insitutiones Justinianeas, Francofurti ad Viadrum 1728
Hotomanus Franciscus	Operum Tomus primus, 1599
	Observationes et emendationes in Jus civile, 1599
Huber Ulricus	Praelectiones juris civilis ad Institutiones, editio tertia 1735
Hupka Josef	Vollmacht, Leipzig 1900
Ihering	Ih. Jahrbücher, 1. Band S. 273 ff (1857): "Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte."
	Geist des römischen Rechts, 3. Teil, 4. Auflage, Leipzig 1888

Jörs-Kunkel-Wenger	Römisches Privatrecht, 3. Auflage, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1949
Kaser Max	Das Römische Privatrecht, 1. Abschnitt, München 1955
Keller	Pandekten, Leipzig 1861
Koch C.F.	Lehrbuch des Preußischen gemeinen Privatrechts, 3. Auflage, Berlin1858
Krainz Josef	System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 1. Band, 2. Auflage, Wien 1894
Kreittmayr, Freiherr v.	Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum bavaricum civilem, 9. Auflage, München 1821
Kuntze J.E.	Die Obligation und die Singularcession des römischen und des heutigen Rechts, Leipzig 1856
Laband	Zeitschrift für Handelsrecht, 1o. Band S. 183 ff (1866): "Die Stellvertretung bei Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem HGB."
Lauterbach W.A.	Collegium theoretico-practicum, tertia editio, 1714
Leyser Augustinus	Meditationes ad Pandectas, tertia editio, Lipsia et Guelpherbyti 1743
van Leeuwen Simon	Censura forensis theoretico-practica, Lugduni Batavorum 1662
Mevius David	Decisiones super causis praecipuis ad summum tribunale regium Vismariae delatis, Francofurti 1726
	Commentarii in Ius Lubecense, tertia editio, Francofurti 1679

Mitteis Ludwig — Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht, Wien 1885

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1. und 2. Band, Berlin und Leipzig 1888

Mühlenbruch — Pandekten, 1. Band, 2. Auflage, 1838

Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte nach den Grundsätzen des römischen Rechts, 2. Auflage, Greifswald 1826

Planiol Marcel — Traité élémentaire de Droit civil, Tom. II, 9e edition, Paris 1923

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1. Band, Berlin 1897

Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, 1. Teil, Würzburg 1858

Puchta G.F. — Pandekten, 8. Auflage (besorgt von Rudorff), Leipzig 1856

Pufendorf Samuel — De iure naturae et gentium libri octo. Aus der Reihe: The classics of international law. Volume one in the photographic reproduction of the edition of 1688

Regelsberger — Pandekten, 1. Band, Leipzig 1893

Rittershusius Cunradus — Tractatus de differentiis juris civilis et canonici, seu Pontificij in Fontes quatuor juris civilis in unum collecti Auctore Ja. Gothofredo, Genevae 1653

Römer	Zeitschrift für Handelsrecht, 19. Band, S. 67 ff (1874): "Rechtsgeschäfte des Stellvertreters mit sich selbst."
Ruhstrat	Archiv für civ. Praxis, 3o. Band, S. 34o ff (1847)
	Ih. Jahrb. 1o. Band S. 2o7 ff (1871)
	Ih. Jahrb. 27. Band S. 7o ff (1889)
Rümelin Max	Das Selbstcontrahiren des Stellvertreters nach gemeinem Recht, Freiburg 1888
v. Savigny	System, 3. Band, 184o
	Obligationenrecht, 2. Band, Berlin 185
Scheurl	Krit. Überschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1. Band S. 316 ff (1853)
Schilter Jo.	Praxis Juris Romani in foro Germanico, Tom. II, 4. ed. Francofurti 1733
Schliemann	Zeitschrift für Handelsrecht, 16. Band, S. 1 ff (1871)
Schloßmann Siegmund	Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträgen, 1. und 2. Teil, Leipzig 19oo und 19o2
Seuffert Lothar	Die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte, Würzburg 1868
Sintenis C.F.	Civilrecht, 2. Band, 3. Auflage, Leipzig 1868

Stintzing R.	Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, 2. Abt., München und Leipzig 1884
Struvius Georg Adam	Syntagma Jurisprudentiae, tertia editio, pars prima, Lipsiae et Francofurti 1738
Stryk Samuel	Specimen usus Moderni Pandectarum, Francofurti et Witebergae 169o
Thibaut	Pandekten, 2. Band, 5. Ausgabe, Jena 1818
Thöl Heinrich	Handelsrecht, 1. Band, 1. Aufl., Göttingen 1841 Handelsrecht, 1. Band, 2. Aufl., Göttingen 1847 Handelsrecht, 1. Band, 3. Aufl., Göttingen 1854 Handelsrecht, 1. Band, 4. Aufl,, Göttingen 1862 Handelsrecht, 1. Band, 5. Aufl., Göttingen 1875 Handelsrecht, 1. Band, 6. Aufl., Göttingen 1879
Unger	System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 3. Auflage, Leipzig 1868
Vangerow	Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen, 3. Band, 1847
Voet Joh.	Commentarius ad Pandectas, 1776-178o
Wächter Carl Georg	Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts, 2. Band, Stuttgart 1842
	Pandekten, 1. Teil, Leipzig 188o

Wernher	Observationes forenses et Commentationes ad Pandectas, 1754/1779
Wesenbecius Mattheus	Commentarii in Pandectas iuris civilis et Codicis Justinianei libros, Francofurti 1616
Wesenberg Gerhard	Verträge zu Gunsten Dritter, Weimar 194
Windscheid Bernhard	Lehrbuch des Pandektenrechts, 3. Auflage, Düsseldorf 187o 5. Auflage, Stuttgart 1879 9. Auflage, Frankfurt 19o6
Wissenbach, J.J.	Commentarii exercitationum ad Pandectas, editio quarta,prior pars, Lipsiae 1673
Wolff Christian	Institutiones iuris naturae et Gentium, Halle/Magdeburg 1754
Zasius Uldaricus	Opera omnia, Tom. III, Francofurti 159c
Zimmermann Ernst	Die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum Gestio, Straßburg 1876
Zoesius Henricus	Commentarius ad Digestorum, Coloniae Agrippinae 1725
	Commentarius in Codicem, Coloniae Agrippinae 166o

E N T S C H E I D U N G S S A M M L U N G E N

Annalen des königlichen sächsischen Oberappellationsgerichtes zu Dresden; herausgegeben von Langenn, Sichel, Pöschmann.

Ausgewählte Entscheidungsgründe des Oberappellationsgerichtes der vier freien Städte Deutschland; herausgegeben von Thöl,Göttingen 1857

Entscheidungen des königlichen geheimen Obertribunals; herausgegeben von Simon, Strampf u.a., Berlin 1837-1879

Entscheidungen des großherzoglichen Mecklenburgischen Oberappellationsgerichtshofes zu Rostock; herausgegeben von Buchka und Budde; Wismar und Ludwigslust 1857 ff.

Sammlung von Entscheidungen des k.k. Obersten Gerichtshofes; herausgegeben von Glaser, Unger u.a., Wien.

V o r b e m e r k u n g

In der vorliegenden Arbeit soll versucht werden, einen Überblick zu geben, welche Entwicklung das Rechtsinstitut der freien Stellvertretung seit der Zeit des Rezeptionsabschlusses in Deutschland im ausgehenden 16. Jahrhundert bis zur Kodifikation des BGB zu Ende des 19. Jahrhunderts nahm.

Die Untersuchung beschränkt sich dabei auf das Gebiet der gewillkürten Stellvertretung, und hier in erster Linie auf die Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen und läßt die gesetzliche Vertretung, die Vertretung juristischer Personen und die Vertretung im Prozeß außer Betracht.
Dies erschien besonders deshalb gerechtfertigt, weil es vor allem die unmittelbare gewillkürte Vertretung bei Vertragsabschlüssen war, welcher die Juristen vergangener Jahrhunderte die Hauptaufmerksamkeit widmeten. Ihre Zulassung erschien ihnen weit problematischer als diejenige der gesetzlichen Vertretung, bzw. der Vertretung juristischer Personen. Da in diesen Fällen ein rechtswirksames Eigenhandeln der Vertretenen überhaupt ausgeschlossen war, hatte man sich zur Zulassung dieser Stellvertretungsarten unter dem stärkeren Druck ihrer Erforderlichkeit eher und leichter entschließen können.

1. K a p i t e l

Das Recht des Corpus Juris Justinians

Im klassischen römischen Recht, das Justinian seiner Kodifikation zugrunde legte, herrschte das Prinzip, daß Rechtshandlungen nur in der Person dessen, der sie vornahm, wirken.[1)]
Das bedeutete zweierlei: einmal, daß man nur Eigencontracte, d.h. Contracte, in denen man sich selbst als Gläubiger und Schuldner bezeichnete, schließen konnte, zum anderen, daß diese Verträge auch eigene Forderungsrechte und eigene Verpflichtungen zum Gegenstand haben mußten, nicht Rechte und Pflichten eines unbeteiligten Dritten beinhalten konnten. Damit waren direkte Stellvertretung und Verträge zugunsten Dritter in gleicher Weise ausgeschlossen. Da beide Arten des rechtsgeschäftlichen Handelns für einen anderen vom römischen Recht mißbilligt wurden, fehlt es, selbst wenn den römischen Juristen der Unterschied zwischen einem stellvertretungsweise geschlossenen Vertrag und einem Vertrag zugunsten eines Dritten bereits bewußt geworden sein sollte, an einer terminologischen Trennung beider Begriffe im Corpus iuris.[2)]
Auch soweit Durchbrechungen des Prinzips zugelassen wurden, sahen die Römer diese allgemein unter dem Gesichtspunkt der Ausnahme von der Regel, ohne des näheren eine Unter-

---

1) Vgl. Kaser, a.a.O., S.225ff; Jörs-Kunkel-Wenger, a.a.O., § 58 S. 1o; Buchka, a.a.O., S. 1 - 12o.

2) Damit gelten die Quellenbelege:
D 5o/17/73/4 : Nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest.
D 45/1/38/17 : Alteri stipulari nemo potest.
I 3/18/19 : Alteri stipulari nemo potest: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum si alii detur, nihil interest stipulatoris. plane si quis velit hoc facere, poenam stipulari conveniet.
u.a. in gleicher Weise für Stellvertretung wie für Verträge zugunsten Dritter.

scheidung dahin zu treffen, ob es sich im konkreten Einzelfalle um Stellvertretung oder um einen Vertrag zugunsten eines Dritten handle.[3)]

Natürlich bestand in Rom, wie bei jedem Volk, das einen ausgedehnten Handel betreibt, ein Bedürfnis dafür, daß einer dem anderen durch sein rechtsgeschäftliches Handeln unmittelbar Rechte und Pflichten erwerben könne, da dem unter Anwesenden getroffenen Eigenabschluß von Geschäften örtliche und zeitliche Grenzen gesetzt sind, und niemand an verschiedenen Orten gleichzeitig Geschäfte abschliessen kann.

Ein wichtiges Hilfsmittel für den römischen Rechtsverkehr bildete hier der mit Rechtsnotwendigkeit in der Person des Gewaltherrn eintretende Rechtserwerb aus den Rechtsgeschäften gewaltunterworfener Personen, der Sklaven und Haussöhne.[4)]

Der Erwerbsgrund war dabei ausschließlich die Gewaltunterworfenheit dieser Personen, die ihrem Herrn mit zwingender Notwendigkeit erwarben, so daß dessen Erwerb ipso iure, unabhängig von seinem Wissen und Wollen und unter Umständen auch gegen den Willen des handelnden Gewaltunterworfenen eintrat. Von echter Stellvertretung kann deshalb hier noch keine Rede sein.

---

3) Wesenberg, a.a.O., S. 1oo, hebt als die wesentlichsten Merkmale der justinianischen Bearbeitung des Institutes der Verträge zugunsten Dritter "die Uneinheitlichkeit im Motiv" und die "Sorglosigkeit der Konstruktion" hervor. Er betont, daß hierdurch einerseits die "harmonisierende Behandlung der die Verträge zugunsten Dritter behandelnden Stellen erschwert" worden sei, andererseits es aber möglich gewesen sei, unter Berufung auf die Quellen neue Rechtsgedanken auf dem Gebiet der Verträge zugunsten Dritter einzuführen.

4) D 41/1/53 Ea quae civiliter adquiruntur, per eos qui in potestate nostra sunt adquirimus, veluti stipulationem. u. a.

Johannes Goeddaeus[5] berichtet von einem interessanten Versuch, den die Glossatoren Raphael Cumanus und Paulus de Castro auf dem Gebiet der Lehre vom rechtsgeschäftlichen Handeln für einen Dritten in Anlehnung an das Institut der römischen Hausvaterschaft unternahmen:

Sie behaupteten, gegenüber dem Staate befinde sich der einzelne in einer ebenso wirksamen potestas paternae patriae, wie sie im Fall der Haussohnschaft bestehe, und infolgedessen könne man dem Fiscus als Drittem ebenso gültig Rechte erwerben wie der Haussohn dem Vater. Goeddaeus lehnt diese Auffassung ab mit dem Bemerken, daß eine derartige potestas paterna patriae die potestas paterna des Hausvaters gegenüber seinem Sohn notwendig ausschließen würde.[6]

Was dagegen im römischen Recht die Verpflichtungsgeschäfte der Gewaltunterworfenen anlangt, so blieb der Gewaltherr von ihnen nach ius civile gänzlich unberührt.[7] Für einen Dritten, der mit einer gewaltunterworfenen Person contrahiert hatte, ergab sich damit die äußerst nachteilige Diskrepanz, daß er von dem Herrn desselben belangt werden konnte, selbst aber keinen Anspruch gegen diesen hatte.

---

5) Commentarius, Cap. 1o, Conclusio 1 n. 4: Sunt sane qui in civitate, sive Republica contrarium tenuerunt, veluti Raphael Cuman., et. Castrens..... tum, quod subjectio Republ. et patriae debita non minor sit patriae potestate.... tum quod non solum nobis, sed potissimum patriae, et amicis et parentibus nascamur.

6) a.a.O. n. 8 Hi merito audiendi non sunt... cum Patriae parere teneamur, non quia sit par patria potestas patris et patriae, vel quod in potestate paternae patriae simus; alioquin nullus civium posset filium in potestate habere: sed quod Patriae parere tenemur, cum iuris naturalis, tum legis publicae autoritate.

7) C. de pact. 2/3/3: Melior conditio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest.

Der Anspruch gegen den Haussohn oder Sklaven war praktisch wertlos, da diese Personen während der Zeit ihrer Gewaltunterworfenheit in der Regel vermögenslos waren.
Buchka[8] vermutet deshalb wohl kaum zu Unrecht, daß ein Dritter sich nur mehr schwerlich auf derartige Geschäfte eingelassen habe,und daß es im allseitigen Interesse gelegen habe, daß der Prätor die sog. actiones adiectitiae qualitatis eingeführt habe.

Für die Stellvertretungslehre von Interesse sind hiervon die actio institoria und die actio exercitoria, da beide bald auch auf freie Personen ausgedehnt wurden, im Gegensatz zur actio quod iussu, deren zwei Unterfälle sie eigentlich bilden.[9]
Beide Rechtsfiguren, die des Institors wie die des Magisters navis sind bis auf geringfügige Unterschiede gleich ausgestaltet, so daß das von dem einen Gesagte auch für den anderen gelten kann.
Als sog. actio ad exemplum actionis institoriae wurde die Klage vom Prätor schließlich auch in den Fällen, in denen ein Procurator contrahiert hatte, gewährt.[10]

An dem Grundprinzip, daß es sich um einen echten Eigencontract der Vertragsschließenden handeln müsse, wurde durch die Einführung dieser Klagen nichts geändert. Der Institor, der Magister navis und der Procurator wurden aus den von ihnen geschlossenen Verträgen voll und ganz berechtigt und verpflichtet, soweit sie dazu überhaupt fähig waren; daneben aber gewährte der Prätor unter bestimmten Voraussetzungen eine inhaltlich mit der Klage

---

8) a.a.O., S. 22 ff.

9) D 14/3/7/1 : Parvi autem refert, quis sit institor, masculus an femina, l i b e r an servus proprius vel alienus.
Vgl. noch D 14/1/1/4 und Buchka, a.a.O., S. 33 - 37.

10) D 3/5/3o pr.

gegen den Contrahenten übereinstimmende Klage gegen den Geschäftsherrn als zusätzliche Klage: "Hoc edicto non transfertur actio, sed adiicitur."[11] und "Est autem nobis electio, utrum exercitorem an magistrum navis convenire velimus."[12], was gleichermaßen für Institor und Praeponenten und schließlich auch für Procurator und Mandanten galt.
Voraussetzung, daß gegen den Geschäftsherrn eine Klage gewährt wurde, war einmal, daß der Institor etc. im Rahmen seiner Praepositio gehandelt hatte.[13] Das allein war jedoch nicht ausreichend. Der Drittcontrahent mußte vielmehr auch Kenntnis davon haben, daß sein Partner das Geschäft für einen anderen ausführe, so daß er letztlich dem Kredit des Geschäftsherrn mehr als dem des Geschäftsführers vertraute: [14] ".... scil quia qui ita contrahit fidem domini sequitur. Eadem ratione praetor duas alias in solidum actiones pollicetur, quarum altera exercitoria, altera institoria appellatur." und "... ita illud exigendum, ut sciat, in hoc se credere, cui rei magister quis sit praepositus."[15]
Hierin liegt zwar noch keine echte direkte Stellvertretung, aber doch ein erster Ansatzpunkt:

Der Prinzipal wird, allerdings nicht unmittelbar und ausschließlich, aber doch akzessorisch und cumulativ, nur verpflichtet, soweit das Geschäft praepositionsgemäß ist und soweit der Dritte Kenntnis von der erfolgten Praeposition hatte, sich also sagen durfte, daß der Praeponent

---

11) D 14/1/5/1.

12) D 14/1/1/17.

13) D 14/3/5/11: Non tamen omne, quod cum institore geritur, obligat eum qui praeposuit, sed ita, si eius rei gratia cui praepositus fuerit, contractum est, id est dumtaxat ad id, quod eum praeposuit.

14) I 4/7/1. Vgl. Buchka, a.a.O., S. 4o/41; Zimmermann, a.a.O., S. 1o5 ff; Mitteis, a.a.O.,S. 25-32.

15) D 14/1/1/17.

auch für die Vertragserfüllung mit seinen Mitteln sorgen werde, da er derjenige sei, der das entscheidende Interesse an dem ganzen Geschäft habe. Der Praeponent wird in die Vertragsbeziehungen der unmittelbaren Contrahenten nur insoweit mit einbezogen, als dies seinem zu erkennen gegebenen Willen entspricht - ein Grundgedanke der ganzen rechtsgeschäftlichen Stellvertretung.
Nachdem die Klagen auch aus Verträgen freier Personen gewährt wurden, ergab sich wieder ein teilweises Auseinanderfallen von Berechtigung und Verpflichtung: verpflichtet waren der Contrahent und sein Praeponent, berechtigt wurde aus dem Vertrag nur der Contrahent, wenn er ein Freier war.

Dies gab den Römern jedoch keinen Anlaß, dem Geschäftsherrn nun auch stets und immer einen Klageerwerb aus den Verträgen Gewaltfreier zuzugestehen: [16] "Sed e contrario exercenti navem contra eos, qui cum magistro contraxerunt, actio non pollicetur, quia eodem auxilio non indigebat, sed aut ex locato cum magistro, si mercede operam ei exhibet, aut si gratuitum, mandati agere potest.

Eine Ausnahme wurde nur gemacht, wenn der Geschäftsherr von dem Geschäftsführer seine Befriedigung nicht erlangen konnte: [17] "Marcellus autem ait debere dari actionem ei

---

16) D 14/1/1/18.

17) D 14/3/1 u. 2.
Zwar finden sich einige Stellen, die im ersten Anblick zu der Annahme verleiten könnten, dem Praeponenten sei doch uneingeschränkt eine actio aus dem Vertrag Gewaltfreier gewährt worden, so etwa: D 19/1/13/24: "Si procurator vendiderit et caverit emtori: quaeritur an domino, vel adversus dominum actio dari debeat? Et Papinianus libro tertio Responsorum putat, ad exemplum institoriae actionis: si modo rem vendendam mandavit: ergo et per contrarium dicendum est, utilem ex emto actionem domino competere."
Doch klingt Buchka's Erklärung (S. 53), daß Ulpian die Analogie des institorischen Verhältnisses ebenso rücksichtlich der Verbindlichkeit wie rücksichtlich der Rechte als entscheidend hinstelle, sehr einleuchtend.

qui institorem praeposuit in eos qui cum eo contraxerint. Gaius libro nono ad edictum provinciale eo nomine, quo institor contraxit, si modo aliter rem suam servare non potest."

Einige Ausnahmen von dem Prinzip des "alteri stipulari nemo potest" waren auch den römischen Juristen bereits geläufig.
Die bedeutendste unter ihnen war die Zulassung direkter Stellvertretung im Besitzerwerb: [18] "Quod naturaliter adquiritur, sicut est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus." Buchka[19] hat bereits darauf hingewiesen, inwieweit diese freien Grundsätze für den Besitzerwerb sowie den dadurch vermittelten Eigentumserwerb Einfluß auf die Vertragslehre hatten; dort nämlich, wo die Eigentumsübertragung zur Begründung von Condictionen, wie etwa beim Darlehen, führte.

Vom Standpunkt des heutigen deutschen Rechts mag es allerdings zweifelhaft erscheinen, ob in der Zulassung des Besitzerwerbes durch rechtsgeschäftlich handelnde Mittelspersonen eine echte Ausnahme gesehen werden kann. Das tatsächliche Moment des Ergreifens der Sache scheint die Römer veranlaßt zu haben, den Besitzerwerb durch Mittelspersonen zuzulassen, und dieses tatsächliche Moment war es ebenfalls, das dazu führte, den Besitzerwerb wieder aus dem Gebiet des rechtsgeschäftlichen Handelns für einen anderen auszuklammern und das Sonderinstitut des Besitzdieners gem. § 854 Abs. II BGB einzuführen.
Eine Stellvertretungslehre im heutigen Sinne haben die Römer am Institut des Besitzerwerbes ebensowenig entwickelt wie anläßlich der anderen anerkannten Ausnahmen. Eine systematische Eingliederung der Durchbrechungen des Grundsatzes "alteri nemo stipulari potest" unterblieb im römischen Recht

---

18) D 41/1/53.
19) a.a.O., S. 81 ff.

Die Aufzählung aller dem römischen Recht bekannten Ausnahmen würde zu weit führen und erscheint auch deshalb überflüssig, weil bereits Zusammenstellungen existieren.[2o)]

Keine Ausnahme liegt in der bereits in Rom anerkannten Möglichkeit, sich bei Abschluß eines Rechtsgeschäfts eines Boten zu bedienen, soweit das Recht nicht die höchstpersönliche Vornahme desselben erforderte. Nach damaliger wie heutiger Auffassung ist es nämlich nicht der Bote, sondern sein Absender, der den Vertrag schließt.[21)]

Es war und ist unter den Romanisten, von v. Savigny und Hellmann abgesehen, stets die einhellige Meinung, daß im römischen Recht das Prinzip "nemo alteri stipulari potest" niemals aufgegeben wurde, sondern nur durch die Zulassung mancher Ausnahmen durchbrochen war, wobei der Grundsatz auf dem Bereich der Verträge am allerwenigsten angetastet wurde.[22)]

2o) Vgl. Buchka, a.a.O., S. 1-12o; Mitteis, a.a.O., S. 51 ff. Hellmann, a.a.O., S. 43 ff.

21) Vgl. D 13/5/14/3 mit D 13/5/15: "Constituere autem et praesentes et absentes possumus ..... et per nuntium .... Et licet libera persona sit, per quam tibi constitui; non erit impedimentum, quod per liberam personam adquirimus, quia ministerium tantummodo hoc casu praestare videtur."

22) Vgl. Kaser, a.a.O., S. 226 ff; Buchka, a.a.O., S. 115 ff; Mitteis, a.a.O., S. 9 ff; Hupka, a.a.O., S. 7/8; Windscheid,Pand. 1. Bd., 3. Aufl., S. 17o ff; Brinz, Pand. 4. Bd., S. 351 ff; Thöl, a.a.O., 4. Aufl., S. 138 ff; Dernburg, Krit. H. Ztschr. 1/1 ff; Mühlenbruch, Pand. Bd. I., S. 235 ff; Cession §§ 5 und 11, u.a.

2. K a p i t e l

Die Behandlung des Grundsatzes "alteri stipulari nemo potest" in der Glosse und bei den Vertretern der sog. eleganten Jurisprudenz

I.

Die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland, dem damaligen Heiligen Römischen Reiche deutscher Nation, kann unter den Satz gestellt werden; "Quicquid non agnoscit glossa, non agnoscit forum", denn rezipiert wurden nur die in Bologna bearbeiteten und dadurch in der glossa ordinaria des Accursius enthaltenen Teile des Corpus iuris Justinians.[1)]

Buchka[2)] gibt in seiner Monographie eine ausführliche und mit großem Quellenmaterial belegte Darstellung der Behandlung des Satzes: "nemo alteri stipulari potest" bei den Glossatoren und Postglossatoren und gelangt zu folgendem zusammenfassendem Ergebnis:
Die genannte römischrechtliche Regel wird bei den Glossatoren und Postglossatoren "zu dem Satze verflüchtigt, daß die verba obligativa einer Stipulation nicht auf den Namen des Dritten gerichtet werden dürfen."[3)]
Wie sehr der Grundsatz zum Teil nur noch als formelle Regel aufgefaßt wurde, erläutert er mit dem Beispiel des Bartolus[4)], der annimmt, daß der Procurator befähigt sei, dem Prinzipal, ebenso wie der Nuntius, für die Fälle einen

---

1) Vgl. Enneccerus, 1. Bd. § 4 S. 1o.

2) Buchka, a.a.O., §§ 15 u. 16, S. 121-145.

3) a.a.O., S. 141.

4) a.a.O., S. 131: "In his, quae adeo sunt personalia, quod ex persona procuratoris non possunt transire in dominum, procurator repraesentat personam domini directo sicut nuncius....."

direkten Erwerb zu verschaffen, bei denen es sich um ein für den Procurator selbst unerwerbbares Recht handle; oder mit der seit Accursius herrschenden Ansicht, daß die Stipulation: Promittis mihi recipienti nomine eius (oder pro eo) ? gültig sei, weil formell in dieser Wendung obligatio wie executio auf den Namen des Stipulanten gerichtet seien, wobei man der Auffassung des Accursius auch darin gefolgt sei, daß es auf ein Interesse des Stipulanten nicht ankomme.[5)]
Buchka[6)] fährt dann in seiner Zusammenfassung fort: "Die concrete Wirkung der Stipulation: Promittis mihi recipienti nomine eius? setzen die Glosse und ihre Nachfolger in die Begründung der actio directa für den Stipulanten; die Klage muß jedoch dem Principal cedirt werden oder wird beziehungsweise demselben ohne weiteres als actio utilis gegeben. Formell ist mit dieser Ansicht allerdings dem römischen Rechte genügt, welches den Erwerb einer Klage für den Dritten nicht anders zuläßt, als nachdem sie durch die Person des Paciscenten hindurch gegangen ist."

Bereits diese wenigen Beispiele zeigen, daß die Glossatoren und Commentatoren begannen, die römische Regel aufzuweichen, ohne sie expressis verbis aufzugeben. Ihr Bestreben war es dabei, die Lücke zu schließen, die daraus entstand, daß der Prinzipal von dem Dritten zwar belangt werden konnte, selbst aber, wenn sein Procurator ein Gewaltfreier war, kein Klagerecht gegen den Tertius hatte. Und weil man nun davon ausging, daß es gerecht sei, den Forderungserwerb des Prinzipals so weit als irgend zulässig zu erleichtern, hielt man auch nicht länger daran fest, daß eine Stipulation deshalb ungültig sei, weil in ihr zum Ausdruck gebracht worden sei, daß ein anderer als der Stipulator der eigentliche und endgültige Forderungsträger sein solle.

---

5) a.a.O., S. 143.
6) a.a.O., S. 144.

Eine Scheidung zwischen Stellvertretung und Verträgen zugunsten Dritter war den Glossatoren wie Commentatoren noch fremd;[7] sie mußte ihnen schon deshalb fremd bleiben, da sie formell auch weiterhin am Durchgangserwerb des Stipulators festhielten und damit der Form nach stets von einem eigenen Forderungsrecht desselben ausgingen.
Ihnen stellte sich das Problem in der viel allgemeineren Form: Wie kann dem einen aus dem Handeln des anderen ein Klagerecht verschafft werden?
Bei der Lösung dieser Frage vermieden sie noch einen echten Bruch mit dem römischen Obligationsbegriff, zumindest auf dem Gebiet der heutigen gewillkürten Stellvertretung und der Verträge zugunsten Dritter, denn die für Tutoren, Curatoren, Notarii und Syndici entwickelten weitergehenden Ausnahmen wurden nicht auf den rechtsgeschäftlich bestellten Procurator ausgedehnt.

Für das ältere deutsche Schuldrecht kommt Wesenberg[8] zu dem Ergebnis, daß von einem Rechtssatz, wonach echte Verträge zugunsten Dritter, die dem Dritten ein Klagerecht gewährt hätten, nicht die Rede sein könne. Insbesondere spricht er dem häufig für die entgegenstehende Auffassung angeführten Institut der Veräußerung des Lehensgutes unter Mitwirkung des Lehensherren jede Beweiskraft ab: zwar lege der seines Lehens überdrüssige Lehnsmann das Lehen in die Hand des Lehensherrn zurück, der es der Bitte desselben entsprechend neu verleihe, doch erwerbe der neue Lehensmann einmal kein subjektives Recht auf Belehnung, zum anderen trete er nicht nur in die Lehensrechte, sondern auch in die Lehenspflichten ein, womit auch ein unechter Vertrag zugunsten des Dritten ausscheide.

---

7) Vgl. hierzu Wesenberg, a.a.O., S. 113: "Die Kommentatoren gehen von dem römischen Dogma aus, das Stellvertretung mit umschließt, und ihre, wie zugegeben sein soll, nicht eben klar anmutenden Distinktionen haben den Zweck, den Anwendungsbereich des römischen Satzes einzuengen und damit modernen Anschauungen Raum zu geben."

8) a.a.O., S. 1o4-111.

Ein wesentlicher deutschrechtlicher Einfluß auf das Prinzip "alteri nemo stipulari potest" bleibt zumindest recht fraglich.

II.

Im 16. Jahrhundert, in dem der Rezeptionsvorgang in Deutschland als ziemlich abgeschlossen gelten kann, wandte man sich, ebenso wie auf anderen Gebieten, so auch in der Rechtswissenschaft besonders der historischen Arbeit zu. Diese juristische Richtung, die sich vor allem der Exegese und systematischen Behandlung des reinen römischen Rechts widmete, wird gerne als humanistische oder elegante Jurisprudenz bezeichnet.[9)]

Alciat (1492 - 155o), einer ihrer Begründer, hält daran fest: "Quae civiliter adquiruntur alteri per alterum adquiri non possunt." Der Durchgangserwerb erscheint auch ihm noch unerläßlich.

Was die Formulierung der Stipulatio anlangt, so erklärt er die Stipulation eines Procurators oder negotiorum Gestors: "Dabis Titio nomine meo centum?" für ungültig, die Stipulatio: "Promittis mihi nomine Titii centum?" dagegen für gültig, "quia non Titio, sed mihi censeo stipulatus."[1o)]

Der Eigencontract, durch den man sich selbst etwas versprechen läßt, bleibt auch für Alciat noch die allein zulässige Vertragsart. Allerdings läßt Alciat als Eigeninteresse des Stipulanten, das zum Wesen des Eigencontracts gehört, genügen: "mea enim interest, ut mandatum exequar, si constitutus sim procurator; idemque in negotiorum gestore; secuta enim domini ratihabitione, perinde est ac si dominus mandasset tenebiturque domino actionem cedere."

Ein eigentliches unmittelbares Interesse an der Leistung fordert er nicht mehr.

Der Klageerwerb des dominus hat nach seiner Ansicht regel-

---

9) Vgl. Enneccerus, a.a.O., § 18, S. 38 ff.

1o) opera omnia, 1582, Tom. II de verb obl. lex 38 § alteri, n. 14, S. 499.

11) a.a.O., S. 14.

mäßig eine Zession zur Voraussetzung.[12] Für die Verpflichtung aus fremdem Vertrag vertritt er den Standpunkt[13]: "Respondeo, ex libri hominis contractu, quamvis iussu aut mandato celebrato conveniri directo non possumus, sed utiliter tantum; unde tunc necessaria esset adiectionis institoriae qualitas," schließt sich aber der communis opinio seiner Zeit an, indem er fortfährt:[14] "Durante officio traditum est, debere institorem solutionem procurare; et ideo tanquam institorem teneri ut de pecunia domini solvat. de suo vero non teneri poterit. haecque est communis sententia idque sive institorio nomine expressim contraxerit sive simpliciter: ex ea tamen causa in qua appareat non eius contemplatione contractum esse. Quae conclusio non procedit, quando suo nomine institor promisisset."

Hierin liegt eine bedeutsame Auflockerung des römischen Rechts, das den Mandator, Institor etc. voll mit seinem Vermögen und zeitlich unbeschränkt, d.h. auch nach Beendigung seines Amtes, haften ließ. Nach der neuen Ansicht dagegen ist der Procurator etc. praktisch von der persönlichen Haftung gänzlich frei, und damit war insoweit eine Vertragswirkung als gültig anerkannt, die sonst nur die direkte Stellvertretung mit sich bringt. Nachdem diese befriedigende Lösung aber ohne deren Anerkennung gefunden war, erklärt es sich, warum in der Folgezeit fast nur eine Diskussion um die Zulassung freier gewillkürter Stellvertretung im Erwerbsgeschäft sich entspann, während die Frage nach der Möglichkeit direkter Stellvertretung im Verpflichtungsgeschäft vielfach vernachlässigt wurde.

---

12) a.a.O. de verb. obl., 1.79 si procuratori n. 1 S. 671: "Ipsi procuratori quaeruntur directae actiones quoniam in eius personam obligatio initium accepit, id est verba promissiva ad eum referuntur; tenetur tamen ipse deinde domino eas actiones cedere."
a.a.O. de verb. obl., 1.38 § si quis insulam n. 2 S. 511: "interdum domino ex procuratoris stipulatione utilis actio sine cessione quaeritur .... Quid si procurator domino aliquod ius personale quod sibi quaerere non possit, fuerit stipulatus? transibit enim eo casu directa in dominum actio."

13) a.a.O. Tom. I S. 314 (Ausgabe von 1617)

14) a.a.O. Tom. I S. 315 (" " ").

Wie bereits im römischen Recht wird die Wirkung in der Person des Praeponenten oder Mandanten davon abhängig gemacht, daß die beiden Contrahenten davon ausgingen, daß das Geschäft für diesen geschlossen werden solle.

Auch Zasius (1461 - 1535, Ratsschreiber und Professor in Freiburg i.B.) hält daran fest: "Initium obligationis ex nostra persona sumi debet, non ex persona alterius"[15].

Er erachtet deshalb sowohl die Stipulatio: "Promittis Titio nomine meo centum?" wie die Stipulatio: "Promittis mihi, quod dabis Titio centum?" an sich für ungültig, falls nicht ein pecuniäres Interesse des Stipulators an der Leistung an den Dritten gegeben ist.
Gültig und korrekt erscheint ihm nur die Formel: "Promittis mihi procuratori Titii, quod des vel tradas mihi fundum nomine Titii."

Doch meint er, daß bei einem Procurator stets anzunehmen sei, welche Worte er auch tatsächlich gebrauche, er habe stipuliert: "Promittis mihi procuratori, nomine procuratorio Titii, quod dabis ..... Titio ..... quia cum sit procurator meus ego fingor sic stipulatus fuisse et praesumit ius quod nomine meo hoc faciat. quod est multum utile procuratoribus laicis, qui verba contractum non possunt legitime concludere."[16]
Damit ist wieder ein Schritt mehr auf dem Wege zur Anerkennung direkter rechtsgeschäftlicher Stellvertretung getan. Zasius erscheint es so unbillig, entgegen dem allseitigen Willen der Beteiligten den Eintritt des beabsichtigten Geschäftserfolgs nicht eintreten zu lassen, daß er es für gleichgültig erklärt, auf welche Weise der Procurator kundgebe, daß er die ihm als Procurator versprochene Leistung

15) opera omnia, Tom. III, de act. et obl. 1. quaecunq. n. 1 S. 445.

16) a.a.O. n. 4.

seinem Mandanten zuwenden wolle. Die Überzeugung, daß ein Handeln für Dritte im Rechtsgeschäft zugelassen werden müsse, weil es sich hierbei um ein berechtigtes Interesse des Rechtsverkehrs handle,ist bei Zasius schon so stark, daß er um ihretwillen das System der römischen Vertragsformeln durchbricht.[17]
Allerdings geht auch er noch nicht so weit, dem dominus aus einer derartigen Stipulation ohne Zession ein Klagerecht zuzuerkennen. Der Procurator allein wird der unmittelbare Gläubiger.[18]

Der Standpunkt Anton Fabers (gest. 1627) ergibt sich aus seinen Rationalia ad Pandectas:[19]
"Per procuratoris personam, cum sit libera nihil omnino acquiri nobis potest,ut quod a procuratore gestum a mandante re vera gestum dici possit." Anders denn als klare Ablehnung direkter Vertretung, deren eigentliches Wesen Faber im letzten Halbsatz bereits erstaunlich klar zum Ausdruck bringt, dürften seine Worte kaum verstanden werden können.

---

17) Vgl. auch Anm. 36.
18) a.a.O. de verb. obl. § alteri, Cap. 3 n. 48 S. 564.
19) a.a.O. lib. II Tit. 14 S. 184/185.

Allerdings führt er an anderer Stelle[2o] gegenüber der Regel: "ut sibi tantum emere quis possit, non etiam alteri, in cuius non sit potestate" ein abweichendes heimisches Gewohnheitsrecht an, wonach man ebenso wie für sich selbst, auch für einen anderen, selbst für eine bei Abschluß des Kaufvertrages noch unbestimmte Person, die man erst nach dessen Vornahme bestimme, kaufen könne. Der Kauf und die binnen 4o Tagen erfolgende Auswahl des anderen würden, sofern die Sache zum gleichen Preis weite gegeben werde, vom Recht als ein einziger Vertrag angeseh mit der Folge, daß der andere in erster Linie als Käufer gelten habe, ohne daß der Erstkäufer deshalb allerdings v seiner Erfüllungspflicht frei werde, vielmehr habe der Ve käufer die Wahl zwischen beiden.

2o) Def. for. lib. IV Tit. 34 Def. I: "Etsi iure ita comparatum, ut sibi tantum emere quis possit, non etiam alteri, in cuius potestate non sit, moribus tamen nostris receptum est, ut quisque sibi emere potest, possit etiam alii adeoque incertae personae, amico scil., ut vocant, aut electo aut eligendo. Cuius inducendi iuris ratio ex iis primum venditionibus originem habuisse videtur, quae publice sub hasta fiunt, propterea quod non facile honesti plerique viri ad emptionem accedentes nomina sua publicis eiusmodi actis inseri patiantur, veriti ne ambitiosum id aut invidiosum existimetur, malintque per alios rem agere, ex quorum persona non minus iuris habituri sint, quam si illi ipsi comparassent. Postea vero ad privatas quoque venditiones id ius tractum est, usuque apud nos frequentissimo comprobatum. Ita ut licet non continenti, sed distinctis temporibus contractuque separato ea fiat lectio, unus tamen contractus, una emptio esse intelligatur, emptorisque iure non tam qui elegit, quam qui electus est, censeatur, quamvis non eo magis liberetur, qui cum venditore contraxit, ne pretii nomine conveniri possit, si id venditor malit, quam ob causam indemnitatem eligenti repromittere electus solet, cum fieri potuerit, ut qui eligenti vendidit, non item electo fuerit venditurus ..... Cum quis emit sibi et amico aut electo aut eligendo, ac postea eligit, una tantum venditio est, dummodo fiat electio inter 4o dies et eodem pretio."

Bei dieser landesrechtlich entwickelten Rechtsfigur handelt es sich jedoch m.E. nicht um einen Fall echter Stellvertretung und auch nicht um einen Vertrag zugunsten Dritter. Dagegen spricht schon die von Faber geschilderte Entwicklungsgeschichte desselben, die von Groenewegen bestätigt wird.[21] Die viri honesti scheuten sich, persönlich und namentlich bei einem Versteigerungsverkauf teilzunehmen. Ebenso unangenehm hätte es ihnen deshalb sein müssen, wenn ihr Name von dem vorgeschobenen Käufer genannt worden wäre, woraus hervorgegangen wäre, daß sie die eigentlichen Kaufinteressenten seien, so daß sie dann ebenso gut selbst das Geschäft hätten abschließen können. Danach ist es höchst wahrscheinlich, daß der andere im eigenen Namen, ohne jeden Zusatz, es geschehe für einen Hintermann, kaufte.

Auffallend ist weiter, daß nach Faber's Worten der Erstkäufer es ist, der den Hintermann auswählt, daß nämlich seine electio mit dem von ihm getätigten Geschäft unter bestimmten Voraussetzungen als ein einziger Vertrag behandelt wird. Von einem Auftrag, einer Ermächtigung des Hintermannes, ist nirgends die Rede, und es läßt sich aus der Stelle nicht ohne weiteres schließen, daß ein Auftrag des Hintermannes mit dem Kaufgeschäft des Erstkäufers ebenso einen einzigen Vertrag nach Ansicht Faber's bilden konnte.

Eine Anerkennung freier Stellvertretung kann deshalb in seinen Worten nicht gefunden werden, wohl aber eine gewohnheitsrechtlich anerkannte Ausnahme von dem römischen Grundsatz, wofür auch nicht zuletzt die Argumentation des Simon v. Groenewegen spricht.

---

21) Tractatus, Codicis lib. IV Tit. 5o 1. 6 n.4 S. 154 "Quid quod hodie quilibet extraneus alteri stipulari, adeoque et incertae personae intra certum tempus eligendae emere possit? quo hodie in subhastationibus atque addictionibus publicis nihil est usutatius."

Vereinzelt steht Franciscus Hotomanus (gest. 1591) mit seiner Meinung, die sich allein auf den Glossator Martinus[22] stützt, daß der römische Grundsatz nur für das ius strictum und die actiones directae gegolten habe, nicht aber der Gewährung von actiones utiles entgegengestanden habe oder entgegenstehe.[23] Für das Gebiet der Vertretung bemerkt aber auch er:[24] "Ad extremum notandum est, nullam hoc casu contrariam actionem esse, hoc est exercitori adversus eos, qui cum magistrum contraxerunt. quoniam ei civili locati actione adversus magistrum, aut eos qui cum eo contraxerunt, satis cautum est. quamcum eandem esse huius actionis rationem arbitror, quae est institoriae,ut si qui praeposuit, servare aliter rem suam non potuit, contrariam habeat."
Nur für den Notfall, da es nur hier die aequitas verlangt, gesteht Hotomanus dem Vertretenen eine actio utilis zu.

Unumwunden behauptet dagegen Wissenbach (geb. 16o7)[25] "et moribus hodiernis vel paciscendo vel legem dicendo, vel stipulando, alter alteri cavere potest," mit der Begründung: "sublata illa Romana Iurisprudentiae subtilitate

---

22) Vgl. Buchka, a.a.O., S. 121.

23) Observ. et emend. lib. IV Cap. 8 S. 113: "Regula iuris est,ut alterius conventio alteri non prosit; quae regula in extraneis adeo vera est, ut ne procurator quid suo contractu adquirere domino actionem possit. quamqu adversari multa videntur. nam Bulgarus quidem, et Johannes et Accursius eosque secuti ceteri existimant eius regulae tantum exceptiones esse. Sed ego Martini sente tiam probabiliorem esse arbitror, ut regula de stricto iure, directisque actionibus: loci autem multi alii de bono et aequo, utilibusque actionibus intelligantur. Qu enim Accursius ait, parum interesse, utrum quis direct an utili experiatur. Ubi autem iure communi deficiente succedit aequitas, ibi utilem actionem concedi patet.

24) a.a.O. lib. XIV Tit. 1 n. 5 (Tom. I).

25) Commentarii, pars prior, Disp. 9 lib. 2 Tit. 14 n. 18 u.a. allerdings unter Berufung auf Perez, der aber gar nicht der gleichen Ansicht ist, sondern in seinen Praelectiones lib. 14 Tit. 5o n. 2. sagt: "Alteri enim emimus inutiliter. Qua de causa per procuratorem, qui potestati nostrae subiectus non sit, actio empti acquiri non potest: sed si quis nostro nomine emerit vel vendiderit, ipse actionem instituere debet, vel action sibi acquisitam nobis mandare et cedere."

Sein Schüler Ulrich Huber (geb. 1636) jedoch - beide gehören der niederländischen Schule der eleganten Jurisprudenz an, die im 17. Jahrhundert ihre Blütezeit erlebte -, äußert sich: [26] "Generaliter id ita esse receptum quod alter alteri stipulari non putamus. sed opus est cessione."

Er begründet dies mit den Worten des Corpus iuris, daß Verträge zu dem Zweck erfunden seien, daß ein jeder erwerbe, worauf sein eigenes Interesse gerichtet sei, fährt aber fort:[27] "Quae ratio Iuris est magis civilis quam naturalis; neque enim naturaliter quicquam impedit, alium per alium fieri locupletiorem."

Wenn Huber auch noch an der alten Regel festhält, so hat er doch das Verständnis für ihre Geltung eigentlich schon verloren.
Auch er läßt ein zessionsloses Klagerecht eines vertretenen Dritten nur in Notfällen zu: [28] "Qui praesunt aliorum personis aut rebus, officii sui ratione pro illis stipulari possunt, ut exercitor e contractu Magistri, et Dominus tabernae e contractu institoris, si ab his suum servare nequeant, agere possint."

Von den bisher erwähnten Juristen des 16. und 17. Jahrhunderts ging somit keiner so weit, daß er für Verträge eines Mandatars oder negotiorum Gestors die Geltung des römischen Grundsatzes bestritt, abgesehen von Wissenbach. Die übrigen gaben dem Geschäftsherrn nur nach geschehener Zession oder im Notfall ein Klagerecht gegen den anderen Contrahenten. Der Gedanke, daß in den Vertragsschlüssen

---

26) Praelectiones, lib. III Tit. 2o n. 6.
27) ibidem.
28) a.a.O., n. 7; vgl. auch lib. IV Tit. 7 n. 5.

eines Procurators ein Sonderfall des alteri stipulari liege, der nach dem allseitigen Parteiinteresse ein Abweichen von dem Grundsatz vor allem rechtfertigen könnte, klingt zwar bei Zasius bereits an; doch auch dieser Jurist ging nicht so weit, einen direkten Erwerb des dominus in allen Fällen anzuerkennen, sondern stellte nur weniger strenge Anforderungen an die Formulierung der Vertragsworte durch den Procurator.

Um so revolutionärer wirkt die Ansicht des höchsten holländischen Gerichtshofes, wie sie uns Simon von Leeuwen mitteilt: [29] "Quomodo per liberos nostros, aliosque quos in potestate habemus, item per ministros, negociorum gestores, mandatarios, aliosque nobis obligatio et actio acquiritur, rursumque ex eorundem conventione aliis obligari nos constat..... modo institorem, sive praepositum, tanquam instrumentum consideres. Alias enim qui institorio nomine egit, ex eo contractu proprio nomine conveniri nequit, sufficitque si se talem praestet."

Bedeutsam ist vor allem, daß für die Aktiv- wie die Passivseite einer Obligatio, mithin für die gesamte rechtsgeschäftliche Tätigkeit eines Stellvertreters, die gleiche juristische Konstruktion angewandt wird. Der Stellvertreter, der nach dem Willen des dominus, als praepositus, handelt, wird als dessen Werkzeug angesehen, und hat er durch die Art seines Vertragsschlusses zum Ausdruck gebracht, daß er nicht derjenige sein will, der von den Vertragswirkungen betroffen werden soll, sondern der dominus, so anerkennt der Gerichtshof dies dahin, daß der dominus der allein aus dem Vertrag Berechtigte und Verpflichtete sei.

Es ist eines der ersten Male, daß nicht nur die Geltung des Satzes "alteri nemo stipulari potest" negiert wird,

---

29) Censura for. pars I lib. IV Cap. 3 n. 5 u. 6.

sondern behauptet wird, es sei durchaus möglich, daß der Stellvertreter von den Vertragswirkungen, sie seien berechtigender oder verpflichtender Natur, überhaupt nicht betroffen werde, sondern diese sogleich in der Person des Vertretenen hervorrufen könne, so daß es für die Inanspruchnahme des dominus durch den anderen Vertragspartner auch keiner actio adiectitiae qualitatis mehr bedurfte.

Daß aus einem stellvertretungsweise geschlossenen Verpflichtungsgeschäft auch nach belgischem Gerichtsbrauch nur noch der dominus belangt werden könne, bezeugt Hoppius[30] unter Berufung auf Simon van Leeuwen: "In Belgio tamen non amplius contrahentibus electionem competere, utrum Magistrum navis vel Institorem directa actione, an vero Exercitorem vel Praeponentem his adiectis convenire velint, sed sola Exercitoria vel Institoria ipsis agendum esse, tradunt S. van Leeuwen in Cens. for. 1. 4 C. 3 n. 1o, Christin. Dec. 33, Voet ad Inst. h § n. 3."

Da er aber noch von actio institoria et exercitoria spricht, wird der Kern der neuen Lehre des holländischen und wohl auch belgischen obersten Gerichtshofes nicht recht klar gelegt, wie es bei Simon van Leeuwen der Fall ist.

Auch für die Fälle der Stellvertretung im Erwerbsgeschäft bzw. der Verträge zu Gunsten Dritter gibt er nur die von jeder Differenzierung zwischen diesen beiden Rechtsinstituten absehende Definition: [31] "Moribus hodiernis universaliter fere receptum, ut alteri per alterum obligatio quaeratur, prout testantur Mevius, Christinaeus, Cothmann, Wissenbach. Idque tum ob generalem pacti

---

3o) a.a.O. lib. IV Tit. 7 S. 9o1.

31) a.a.O. lib. III Tit. 2o S. 633.

validitatem, tum quia hodie sufficit, si ex post facto sequatur consensus, seu ratihabitio, etsi deficiat ab initio."

Die umfassende Behandlung des Problems der direkten gewillkürten Stellvertretung, wie sie der oberste holländische Gerichtshof vornahm, wurde überhaupt noch nicht Allgemeingut. Viele Juristen diskutierten auch in der Folgezeit wieder lediglich die Zulässigkeit des Klagerechtserwerbs durch rechtsgeschäftliches Handeln eines Dritten. Die Passivseite eines Stellvertretergeschäfts erschien durch die Beibehaltung der actiones adiectitiae qualitatis in der genannten modifizierten Form bereits befriedigend geregelt.
Daß deshalb nur der Erwerb aus den Handlungen eines Procurators oder eines anderen Vertreters als problematisch und abänderungsbedürftig erschien, erklärt auch, weshalb Stellvertretung und Verträge zu Gunsten Dritter solange immer wieder miteinander vermischt wurden. Daß nur der Erwerb des Dritten zur Debatte stand, erschwerte die Erkenntnis, daß es sich bei Stellvertretung und Verträgen zu Gunsten Dritter um zwei verschiedenartige Rechtsinstitute handelt.

Voet (gest. 1714), ebenfalls einer der holländischen eleganten Juristen, geht wieder nur auf die actiones ein, die aus dem Vertrag eines Procurators entstehen:[32]
" ..... quas tamen nostris moribus cedi haud opus, quoties mandatarium non de suo, sed mandantis nomine contraxisse, expressum est. quia procuratores hodie in negotiis contrahendis magis considerantur ut nuncii et quisque nunc alteri aeque ac sibi actionem quaerit."

Hier bleibt kein Zweifel, daß Voet ausschließlich von Stellvertretung spricht.

---

32) Commentarius Tom. III, lib. XVII, Tit. 1 n. 9.

Für einen am römischen Recht geschulten Juristen mußte es allerdings sehr ungewohnt und kühn erscheinen, dem dominus ohne weiteres ein Klagerecht aus dem ihm fremden Vertrag zuzugestehen, mochte es auch, wie Voet noch annimmt, aus der Person des Procurators abgeleitet sein.

Wie der holländische Gerichtshof sucht er das Phänomen mit der Figur des Boten, des Werkzeugs, zu erklären. Damit gewann er gleichzeitig wieder etwas Boden unter den Füßen, denn daß aus dem Vertrag des Nuntius der dominus allein berechtigt werde, unterlag auch in Rom keinem Zweifel.

So hat die Entwicklung sich bereits innerhalb der Richtung der eleganten Jurisprudenz weit von ihrem Ausgangspunkt, der im wesentlichen derjenige der Glosse gewesen war, entfernt. Dabei darf natürlich nicht übersehen werden, daß zwischen Alciat und Simon van Leeuwen oder Voet mehr als 1oo Jahre liegen und daß inzwischen die Epoche des Naturrechts angebrochen war, das allen, nicht nur seinen ausgesprochenen Anhängern,neue Gedanken und Impulse brachte, was gerade bei den zuletzt genannten Holländern im Auge behalten werden muß. Wenn dem Parteiwillen entscheidende Bedeutung beigemessen wurde, so ist das letzten Endes als Errungenschaft der naturrechtlichen Erkenntnisse zu werten.

3. K a p i t e l

Die Behandlung des Grundsatzes im usus modernus pandectarum

Auch im Rahmen dieser Richtung der Rechtswissenschaft, die sich weitgehend zur Aufgabe machte, römisches Recht und einheimisches Recht miteinander in Einklang zu bringen, blieb das Gebiet der Verträge, aus denen ein unbeteiligter Dritter ein Recht erwerben soll, bevorzugtes Objekt widerstreitender Meinungen.

Unbestritten war nunmehr lediglich, daß gültig contemplatione vel nomine domini contrahiert werden könne; keineswegs unbestritten dagegen, wer aus einem dergestalt geschlossenen Vertrag ein Recht erwerbe.

Bewußt oder unbewußt gingen einige hier den Weg des Compromisses. Es ist nämlich bezeichnend, daß diejenigen, die einen direkten Erwerb des Hintermannes bejahen, fast durchweg das Problem des alteri stipulari unter dem Gesichtspunkt der vom dominus ratihabierten negotiorum gestio angingen und lösten. Als negotium gestum wird in diesem Zusammenhang stets ein contemplatione domini geführtes Geschäft verstanden. Ratihabiert es der dominus, so erhält er aus dem negotium ein Klagerecht; das erschien deshalb umso unbedenklicher, als in der Ratihabitio die Consenserteilung des dominus zu dem getätigten Geschäft gesehen wurde. Damit stand dieser dem Vertrag nicht mehr fremd gegenüber; er wurde letztlich aus einem Eigencontract, allerdings besonderer Art, berechtigt.

Soweit der Procurator Erwähnung findet und auch ihm die Fähigkeit zugestanden wird, dem dominus aus dem von ihm geschlossenen Vertrag Rechte zu erwerben, fehlt, abgesehen von Stryk, eine nähere Konstruktion dieses Erwerbs. Das Schwergewicht der Erörterungen liegt auf dem Fall der Ratihabitio, vermutlich weil hier die Beteiligung

des dominus an dem Vertrag am augenfälligsten erschien: der Vertrag war in allen Einzelheiten bereits ausgehandelt und konnte so bis in jede Einzelheit auch von dem Wissen und Wollen des dominus umfaßt werden. Deshalb erschien die Annahme einer Consenserteilung desselben zulässig.

Mevius[1], der Vicepräsident des Obertribunals in Wismar teilt in seiner Sammlung von Entscheidungen dieses 1635 gegründeten Gerichtes als Teil eines Erkenntnisses aus dem Jahre 1656 mit [2]: "Deinde ex consuetudine vulgari per quam hodie ista regula de non quaerenda alteri obligatione non amplius observatur. Nec per eam amplius tales stipulationes invalidantur."
Dieser allgemeine Satz muß zusammengesehen werden mit den Lehren seines Commentars zum lübischen Recht, wo es heißt: [3] "Alteri quidem ex contractu alterius actio non quaeritur etsi hujus intersit, seu proprii interesse causa alteri stipuletur, attamen ex negotio alterius gesto actio est, non modo contra gestorem, sed etiam contra alium, cum quo pactum vel contractus intercessit: modo si fiat illius contemplatione nec non ratum habuit", mit folgenden Erläuterungen: "Alteri quidem stipulari licet, cum alii solvi interest stipulatoris. Attamen huic solum non alteri quaeritur actio."[4] "Per negotia gesta alteri requiritur actio. Inanis quippe esset gestio, num alium alii obligare et actionem quaerere jus esset, ideo ab regula alteri stipulari non licet excipiuntur a Doctoribus Negociorum gestores."[5] und "Ratihabitio constituit tuum negotium, quod ab initio tuum non erat, sed tua contemplatione gestum."[6]

---

1) Vgl. Stintzing, a.a.O., S. 112 ff.
2) Decisiones, pars IV, Dec. 112 n. 4 u. 5.
3) Ius Lubecense, pars II, Dec. 95.
4) a.a.O. Anm. 2.
5) a.a.O. Anm. 4.
6) a.a.O. Anm. 6.

Der von Mevius geäußerte Gedanke, daß der gestio doch nicht vom Rechte der von den Beteiligten erstrebte Erfolg versagt werden dürfe, leitet auch Brunnemann (gest. 1572) bei seinen Ausführungen: [7] "Sane Iuri naturali conventius esse videtur alteri liceri stipulari quia omnium interest, alios beneficio a nobis affici. Et si alteri depositi actionem, item mutui, item empti actionem, certe non video rationem, cur non alteri etiam stipulari possim. licet mea non intersit specialiter. Et cur non liceat alteri a me ipsius gratia gestum ratum habere? Sane in foederibus et pacis conventionibus multa de Iure tertii exprimuntur, scil hunc vel illum recipiendum esse in foedus si voluerit, ubi si quis civile se allegoret, non licere alteri stipulari mea opinione rideretur."

Das Verständnis für die Geltung der römischen Regel ging jener Zeit verloren; man sah nicht ein, weshalb einem dringenden und als berechtigt erkannten Bedürfnis des Rechtsverkehrs nicht stattgegeben werden solle.

Unter Berufung auf Brunnemann, Mevius und Wissenbach versichert auch Stryk: [8] "Hodie alteri per alterum obligationem acquiri posse .... quam sententiam non puto repudiandam", und fährt fort mit der schon von Brunnemann und Mevius verwandten Argumentation: "Nil enim obstat quominus ex ratione Gentium alteri per alterum obligatio acquiri possit, modo tertii ratihabitione postmodum accesserit. Gerit enim ita stipulator negotium alterius, et huic aequitas ipsa postulat, ut utilitas gestionis, quorsum et ius petendi pertinet, in alterum transeat. nam et hoc promissi fidem violasse nefas est."

Das entscheidende Moment ist auch für Stryk das Hinzutreten der Ratihabitio: [9] "Ratihabitio facit negotium ratihabentis; tuum fit quia tua contemplatione gestum et

---

7) Commentarius, lib. VIII, Tit. 39 lex 3 n. 5.
8) Specimen, lib. II Tit. 14 § 2.
9) a.a.O., lib. III Tit. 5.

a te per ratihabitionem approbatum."

Stryk ist einer der wenigen, die dem Auftraggeber auch aus den Verträgen seines Procurators ausdrücklich ein Klagerecht zugestehen.
Er greift hier auf die von Simon van Leeuwen und Voet ebenfalls vorgeschlagene Konstruktion zurück, indem er den Procurator unter den Begriff des Nuntius subsumiert; [10] "Quid ergo mirum, si etiam per procuratorem directo Domino acquiratur, ut nulla cessione amplius mandans contra tertium indigeat. Qua sententia supposita ..... non adeo multum inter nuncium et procuratorem intererit."

Schilter (gest. 1705) legt der Ratihabitio des dominus eine etwas andersartige Bedeutung bei, als dies gemeinhin geschah. Sie bedeutet für ihn die Heilung einer an sich ungültigen stipulatio alteri facta.[11]
Damit kommt bei ihm wieder der Versuch zum Durchbruch, mit dem römischen Recht möglichst weitgehend in Einklang zu bleiben, denn als an sich ungültig wurde die stipulatio alteri facta von den anderen bereits genannten Vertretern des usus modernus pandectarum nicht mehr erachtet; die Ratihabitio erschien ihnen nur hinsichtlich des Erwerbs des dominus unerläßlich.

Auch mit der von Simon van Leeuwen mitgeteilten Ansicht des höchsten holländischen Gerichtshofes setzt Schilter sich auseinander. Er lehnt dabei die Auffassung, daß

---

10) a.a.O., lib. XVII, Tit. 1 § 6.

11) Praxis, Ex. 8 § 27: "Verum quoniam hodie .... actus ab initio invalidus ex post facto convalescere possit, ... videtur facilius admitti posse, ut moribus nostris etiam ex hoc pacto, quo alteri paciscimur, actio alteri acquiritur .... Sufficit enim, quod consensus ratihabitionis ex post facto semper sequatur."

nur der dominus verpflichtet werde, für den Bereich des hanseatischen Seeverkehrs ab.[12)]

Bei der Konstruktion, dem Dritten aus seiner Ratihabitio des contemplatione eius geschlossenen Geschäfts ein Klagerecht zu gewähren, wird der Unterschied zwischen Stellvertretung und Vertrag zu Gunsten Dritter, wie sie heute verstanden werden, wenig sichtbar. Der Dritte erscheint durch seine Ratihabitio an dem Vertrag selbst beteiligt; es fehlt überhaupt noch an dem, was heute das Wesen der direkten Stellvertretung ausmacht: daß der im fremden Namen geschlossene Vertrag des einen unter bestimmten weiteren Voraussetzungen unmittelbare Wirkungen in der Person des am Vertrag nicht beteiligten anderen hervorruft.
Auf der anderen Seite wurde das Erfordernis der Ratihabitio oder des Beitritts des Dritten für die Verträge zu Gunsten Dritter und das aus ihnen resultierende Klagerecht des Dritten im Laufe der späteren, zwischen beiden Rechtsinstituten differenzierenden Entwicklung noch lange beibehalten (vgl. z.B. das ALR).

So erscheint die Lehre Hahn's als eine gewisse Ausnahme, denn bei ihm klingt der Gedanke echter direkter Stellvertretung wieder stärker an. Nachdem er vorausgeschickt hat: "nec procurator, alteri pacisci potest, nisi mandatum habeat", fährt er fort: [13)]"Aequius et verius est utiles saltem actiones domino contra tertium suppeditari. quando in rem eius contractum sit et ipse quodammodo contraxisse videatur qui per alium contraxerit."

Auf eine Beteiligung des Dritten in Form einer Ratihabitio, die erst nach Vertragsschluß erfolgen könnte, ist damit

12) a.a.O. Tom. II Ex. 27 § 9.
13) Observata, lib. III, Tit. 3 n. 8.

verzichtet.

Die Zahl derer, die die Geltung des römischen Satzes leugneten und einen Erwerb des Dritten unter gewissen Voraussetzungen für zulässig erklärten, ließe sich zwar noch um manches Beispiel vermehren.[14] Doch gab es im 17. und auch im 18. Jahrhundert noch keineswegs eine völlig einhellige Meinung, daß der römische Grundsatz seine Geltung verloren habe. Es wurden vielmehr zu jener Zeit auch zahlreiche Gegenstimmen laut.

Benedict Carpzow (gest. 1666) zum Beispiel, ein Beisitzer des Leipziger Schöffenstuhls, der das Mateeial zu seinen Werken aus 4oo Bänden von Schöffensprüchen schöpfte und durchaus ein Mann der Praxis war,[15] hielt grundsätzlich daran fest, daß die römische Regel weitergelte.[16] Zwar macht auch er gegenüber dem strengen römischen Recht die Ausnahme, daß eine "stipulatio sibi nomine alterius facta" gültig sei, doch nur "ne videlicet contrahentes ignari subtilitatem iuris in contrahendo decipiantur." Bei einem eigenen Interesse des Stipulators sieht Carpzow es so an, als habe dieser für sich selbst stipuliert.[17]
Allerdings anerkennt er eine so große Anzahl von Ausnahmen von der Regel[18], daß er selbst zu der Schlußbemerkung gelangt: [19] "Multis itaque casibus ex paciscentium conventione alteri obligatio acquiritur, ut non male forsan quis arbitrari possit cum Martino allegato

---

14) Vgl. Lit.nachweis bei Buchka, a.a.O., Anm. 17, S. 158.

15) Vgl. Stintzing, a.a.O., S. 55 ff.

16) Def. for. pars ii C. 33 def. 26; pars II C. 29 def. 2o n. 1.

17) a.a.O. C. 33 def. 27.

18) a.a.O. C. 29 def. 2o n. 5.

19) a.a.O. C. 29 def. 2o n. 18 u. 19.

ab Accursio in § si quis alii 4 Inst. de inutil stipul. Semper ex alterius pacto dari utilem actionem .... Sed reprehenditur Martini opinio ab Acc."

Lauterbach (geb. 1618), der so wie Carpzow das sächsische und Mevius das lübische, als drittes großes Particularrecht das württembergische vertrat[20], spricht sich dahin aus, daß es den unmittelbaren Erwerb durch Rechtshandlungen eines Vertreters nicht gebe, vielmehr der Vertreter aus seinem Vertrag allein berechtigt werde, da ein Erwerb des Vertretenen nicht erforderlich sei: [21] "Ipsi praeponenti ex contractu Institoris, si libera persona, adversus eum, qui cum Institore contraxit, regulariter nec iure Praetorio actio datur; quia illa non indiget. potest enim petere, ut Institor sibi actiones cedat."

Buchka zitiert Lauterbach zwar als einen derjenigen, die auf Grund eines abweichenden Gewohnheitsrechts die Gültigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter bejaht hätten[22]; die von ihm hierfür angeführte Stelle läßt jedoch m.E. diesen weitgehenden Schluß nicht zu, denn sie lautet: [23] "Moribus nostris ex quocumque pacto datur actio, vel etiam condictio ex Moribus." Dafür, daß in den Begriff des Pactums der eines Vertrages zu Gunsten Dritter von Lauterbach mit einbezogen sei, bietet sich unmittelbar kein Anhalt; vielmehr spricht die zuerst zitierte Stelle gegen diese Annahme. Das Pactum dürfte hier in Gegensatz gesetzt sein zu den streng formalen römischen Rechtsgeschäften.

Auch Struvius (geb. 1619), ein Beisitzer am Schöffengericht zu Halle[24], versichert: [25] "Per liberam et personam

---

20) Vgl. Stintzing, a.a.O., S. 139 ff.
21) Collegium, lib. XIV Tit. 3 n. 12.
22) a,a.O. Anm. 17 S. 16o.
23) Coll. lib. II Tit. 14 n. 68.
24) Vgl. Stintzing, a.a.O. S. 146 ff.
25) Syntagma, Ex. 2o lib. 14 Tit. 1 §§ 3 u. 4.

extraneam .... obligatio et actio nobis non acquiritur nemoque alteri potest stipulari ..... Et ne quidem per procuratorem negotiorumve gestorem regulariter obligatio acquiritur etiamsi si non sibi, sed domino stipulatus."

Er lehnt die direkte Stellvertretung ebenso wie den echten Vertrag zu Gunsten Dritter ab, da der Vertrag, worunter er ausschließlich den wirklichen Eigencontract versteht, samt seinen Wirkungen notwendigerweise in der Person des Handelnden verwurzelt sei.[26)]

Unter dem gleichen Gesichtspunkt gelangt auch Zoesius[27)] zu dem Ergebnis, daß man aus dem eigenen Vertrag einem anderen ein Recht nicht erwerben könne.

Desgleichen lehnt Heineccius[28)], abgesehen von Besitz- und dadurch vermitteltem Eigentumserwerb, jeden direkten Erwerb wie jede direkte Verpflichtung Dritter als unzulässig ab.

---

26) a.a.O. Anm. alpha: "Ille enim vi mandati suo consensu contrahit, promittit, vendit, sibi emit, conducit, alterius promissionem accipit, quamvis procuratorio nomine et altera quoque pars cum ipso contrahit, abipso emit, sibi vendit, locat,promittit. Ea propter contractus et exinde obligatio descendens primo et immediate active et passive radicatur in persona procuratoris."

27) Commentarius, lib. 45, Tit. 1 n. 69: "Ex stipulatione alteri facta, non tantum non civilem produci obligationem, quippe lege resistente, sed ne quidem naturalem rectius dicitur, quod stipulatio sit specius contractus qui requirit consensum duorum, cum hic tantum sit alterius, scil. promittentis, non etiam eius, cui fit promissio, ut proinde sit liber promissor donec acceptetur promissio."

28) Elementa, lib. II Tit. 1o § 482: "Quia ergo tantum per filios familias et servos nostros nobis acquiritur, de ceteris valet axioma: Alii per alium adquiri nequit. Attamen ex mandato nostro nobis et dominium et possessio per procuratorem adquiri potest."

Samuel v. Cocceji beharrt ebenfalls auf dem strengen Standpunkt des römischen Rechts: "quod nemo alii stipulari vel pacisci possit", denn ein Recht könnte nur zwischen den Contrahenten entstehen: [29] "Ratio hic subest naturalis, quis unusquisque suo facto sibi acquirit, et ex dispositione ius tantum est inter disponentes."
Eine derartige Dispositio sieht er in der Ratihabitio; dadurch ist der alter unmittelbar am Vertrag beteiligt und erwirbt hieraus ein Recht: [30] "Si vero forte alter ratum habeat et adhuc tam consentiat promissor, valet ex propria utriusque dispositione." Das Beispiel von v. Cocceji und auch von Zoesius, zeigt besonders deutlich, daß die meisten derjenigen Juristen, die als Anhänger des usus modernus pandectarum die Fortgeltung der römischen Regel bestritten, wenn es um die praktische Zulassung des Einzelfalles ging, den Weg des Compromisses einschlugen: Auch die Verfechter der gegenteiligen Ansicht sahen in der Ratihabitio des Dritten dessen gültige Consenserteilung. Der Unterschied liegt darin, daß v. Cocceji, - bei Zoesius kommt dies weniger klar zum Ausdruck, - außerdem noch die Zustimmung des anderen Vertragspartners zu der Ratihabitonserteilung verlangt. Damit postuliert er praktisch den Abschluß eines neuen Vertrages, bei dem die Parteien lediglich die zwischen dem Erstcontrahenten und dem anderen Vertragspartner ausgehandelten Bestimmungen als Vertragsinhalt übernehmen.

Das ändert jedoch nichts daran, daß in der Ratihabitio allgemein eine gültige Consenserteilung gesehen wurde, so daß man auf diesem Wege in jedem Fall zu einer unmittel-

---

29) Ius civile controversum, pas II lib. 45 Titel Qu. V.
30) a.a.O. lib. 45 Tit. 1 Qu. V.

baren Beteiligung des Dritten am Abschluß des Vertrages gelangte.
Der eigentliche Streitpunkt aber blieb, ob der römische Grundsatz noch Geltung habe oder nicht.
Hierzu bemerkt Ferdinand Christoph Harpprecht fast bedauernd: [31] "Wie seynd aber kürzlich deren gänßlich Meinung daß eine dergleichen universalis contraria consuetudo weder denen hieob allegirten exteris Doctoribus, alß Perezio,Ant.Fabro, Hotomano et similibus, noch aus denen mitallegirten Teutschen Jctis Brunnemanno, Cothmanno, Mevio et Strykio, sich verificiren lass. Dises aber deßwegen, weil insonderheit ad probandam universalem, totius Germaniae contrariam Consuetudinem, eines oder des anderen Juris consulti testimonium nicht genugsamb. Daß nun aber eine solche allgemeine und durchgehende in totius Imperii Romano-germanici omnibus et singulis, Provinciis, Dynastis et Civitatibus recipi Consuetudo zu rechtlichen gebühr dargethan werden möge, das ist so gar nicht zuerwarten noch zuhoffen, daß vielmehr das contrarium speciatim bewähret."

Zusammenfassend bleibt festzustellen, daß kein Jurist jener Zeit und Richtung das Problem, ob man einem anderen aus dem eigenen rechtsgeschäftlichen Handeln Rechte erwerben könne, undiskutiert ließ, daß die Antworten auf diese Frage aber unterschiedlich ausfielen, wobei die wenigsten allerdings schon so weit gingen, auf die in der Ratihabitio gesehene Consenserteilung des Dritten als Voraussetzung seines Erwerbs zu verzichten. Die Bemühung, mit dem römischen Recht im Einklang zu bleiben, ist noch unverkennbar vorhanden.

---

31) Consilia Tubingensa, Vol I Cons. 3o n. 345/346/349.
Ablehnend äußern sich auch:
Joh.Harpprecht, opera omnia, Tom. III, de inutil. stipul. § si quis alii n. 78.
undWesenbecius, Commentarii, lib. XIV, Tit. 3 n. 7.

4. K a p i t e l

Der Einfluß des canonischen Rechts auf dem Gebiet des rechtsgeschäftlichen Handelns von Mittelspersonen

Weit geringer als im weltlichen Recht muß die Geltungskraft der römischen Regel des "alteri nemo stipulari potest" im canonischen Recht gewesen sein, denn in den Bestimmungen der Päpste findet sich mancher Fall direkter gewillkürter Stellvertretung geregelt.
So kann nach canonischem Recht, was nach weltlichem Recht zu keiner Zeit als zulässig angesehen wurde, eine Ehe durch einen Procurator abgeschlossen werden, wenn dieser nur ein mandatum speciale zur Eingehung der Ehe erhalten hat und die Eheschließung vor Widerruf des Mandates vornimmt: Cap. 9 de procur. in VI (1,19): "Procurator non aliter censetur idoneus ad matrimonium, quam si ad hoc mandatum speciale habuerit. Et quamvis alias is, qui constituitur ad negotia procurator, alium dare possit: in hoc tamen casu, propter magnum quod ex facto tam arduo posset periculum imminere, non poterit deputare alium, nisi hoc eidem specialiter sit commissum. Sane si procurator, antequam contraxerit, a domino fuerit revocatus, contractum postmodum matrimonium ab eodem, licet tam ipse quam ea, cum qua contraxerit revocationem huiusmodi penitus ignarent, nullius momenti existit, quum illius consensus defecerit sine quo firmitatem habere nequivit."
Ebenso ist es nach canonischem Recht möglich, die Investitur an den Stellvertreter desjenigen vorzunehmen, der ein beneficium erhalten soll: Cap. 24 de praebend. (3,5): "..... Nos igitur Inquisitoni tuae taliter respondemus, quod et Clericus absens per alium vel alius magis pro ipso poterit de beneficio ecclesiastico investiri."
Für den Erwerb des Beneficiums wird ein Mandat oder die Ratihabitio der dem vollmachtslosen Vertreter gegenüber

vorgenommenen Investitur gefordert. Vor deren Erteilung ist der verleihende Episcopus in der Weise bereits gebunden, daß er bis zu einer Ablehnungserklärung das Beneficium nicht anderweit vergeben kann. Und selbst wenn er eine Frist für die Ratihabitio gesetzt hat, und diese erfolglos verstrichen ist, so daß der Episcopus nunmehr wieder in der Belehnung frei wird, wird dem Erstbeliehenen noch die Möglichkeit zugestanden, bis zur tatsächlichen Vornahme einer anderweitigen Belehnung durch eine verspätete Ratihabitio das Beneficium zu erwerben. Cap. 17 de praebend. in VI (3,4).

Noch deutlicher kommt in den Regulae 68 und 72 de regul. iur. in VI (5,12) zum Ausdruck, daß es den Canonisten durchaus möglich und zulässig erschien, rechtsgeschäftliche Handlungen mit der Wirkung von Eigengeschäften durch Dritte vornehmen zu lassen.
Diese Bestimmungen lauten:
"Potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum."
"Qui facit per alium, est perinde, ac si faciat per se ipsum."

So ist es nicht allzu verwunderlich, daß die Glossatoren, die einerseits das Bedürfnis nach freier gewillkürter Stellvertretung spürten, andererseits aber der Autorität des römischen Verbots sich gegenübersahen, das canonische Recht in ihre Diskussionen und Lehren miteinbezogen. Als Hauptargument wurde dabei gerne angeführt, daß nach dem wichtigsten Grundsatz des canonischen Rechts, daß nämlich gegebene Versprechen erfüllt werden müßten, auch aus einer stipulatio alteri facta zumindest eine naturalis obligatio entstehen müsse.[1] Den Verfechtern dieser Ansicht galt als Belegstelle vor allem Cap.1 X de pact. (1,35):

---

1) Vgl. Nachweis bei Goeddaeus, a.a.O. Cap. X Concl. 1 n. 7 .

" ..... Aut inita pacta suam obtineant firmitatem, aut conventus, si se cohibuerit, ecclesiasticam sentiat disciplinam. Dixerunt universi. Pax servetur, pacta custodiantur."
Doch wies bereits Buchka, der im übrigen davon ausgeht, daß nach canonischem Recht Verträge zu Gunsten Dritter gültig seien, darauf hin, daß trotz der Betonung, die das canonische Recht auf die Handlung des Promittenten und die Erfüllung des gegebenen Wortes lege, doch "nirgends im kanonischen Recht die Theilnahme des Acceptanten an dem Vertrage für irrelevant erklärt (sei) und daher durch den allgemeinen Ausspruch des Cap. 1 cit. ebensowenig wie durch die übrigen angeführten Stellen die Frage entschieden (werde): ob der Vertrag, welchen zwei Contrahenten zu Gunsten eines Dritten miteinander abschließen, ohne irgendeine weitere Vermittlung dem letzteren ein Recht zu verschaffen im Stande sei."[2)]

Als weiteres Gegenargument läßt sich auch die bereits zitierte Stelle, Cap. 17 de praebend. in VI (3,4) anführen, worin ausgesprochen ist, daß der Vertretene vor seiner Ratihabitio ein Recht nicht erwerbe.
Solange in der weltlichen Jurisprudenz nicht, entgegen dem römischen Recht, die Zulässigkeit direkter gewillkürter Stellvertretung grundsätzlich anerkannt wurde, fühlte man immer wieder das Bedürfnis, auf das canonische Recht zurückzugreifen.

Doch setzte sich im 16. und 17. Jahrhundert immer stärker die Meinung durch, daß auch nach canonischem Recht eine stipulatio alteri facta nicht gültig sei, da eine ausdrückliche Vorschrift dieses Inhalts nicht existiere, die in den päpstlichen Bestimmungen aufgezählten Einzelfälle direkter Vertretung aber diesen Schluß auch nicht zuließen, da das kirchliche Recht wesensmäßig ganz andere

2) a.a.O., S. 148/149.

Fragen regle als den weltlichen Güteraustausch. Deshalb könnten die Regeln des kirchlichen Rechts nicht die Durchbrechung eines Grundsatzes rechtfertigen, dessen Hauptanwendungsgebiet auf dem vermögensrechtlichen Sektor liege.

Dies wird deutlich bei Rittershusius. Er nimmt Stellung zu der häufig von der Gegenseite angeführten Stelle C. 9 caus. I qu. VII, in der die Eidesformel für die vom Schisma Bekehrten in folgendem Wortlaut vorgeschrieben wird: " ..... atque promitto tibi et per te sancto Petro Apostulorum Principi atque eius Vicario beatissimo Gregorio vel successoribus illius.", zu der die bei Buchka zitierte Glosse lautet:[3] "Arg. contra § 4 I. de inutil. stipul (3,2o) quia ibi dicitur, quod alteri stipulari vel pacisci nemo potest, nisi sit servus eius, ut ibi, vel procurator praesentis l. 79 de verb. obl. (45,1). Dic ergo ideo hoc fieri, quia Papa servus est beati Petri: unde dicit de se in epistolis suis, servus servorum Dei; und versus: Servi erant tibi Roma prius domini dominorum. Servorum servi nunc tibi sunt domini. Vel hoc fit favore religionis, sed credo iure canonico me teneri, si ego promitto tibi, me daturum Titio decem...."

Rittershusius führt nun gegen die Anwendung des in der genannten Stelle enthaltenen Gedankens auf das Gebiet der obligatorischen Verträge folgende Argumente ins Feld:[4] "Sed ea capitula nihil ad rem videntur facere, utpote in quibus nullum verbum habeatur de stipulatione alteri facta vel absque vel cum juramento. Nam nihil aliud continetur, nisi formula jusjurandi, quod praestare cogitur is, qui a schismate redit ad communionem et unitatem S. Ecclesiae Catholicae, in qua deinceps se permansurum promittit: Quia tamen is, qui ita jurat, promittit non tantum Pontifici, sed etiam in ipsius persona S. Petro

---

3) a,a.O., S. 147.
4) Tractatur, lib. III Cap. 6.

Apostolo, cujus ipsum vices gerere volunt, idemque promittit etiam successoribus Pontificis, hunc credo occasionem sumpserunt fabricandae hujus differentiae, quasi jure Can. liceat alteri stipulari, quod non licet jure civili. Sed cum jure civile tradita regula loquatur de viventibus, quod illis non acquiratur obligatio per alterum, et mortuorum nullam habeat rationem, ut qui huic seculo penitus renuntiarint, nec possint vel per se, vel per alios quicquam amplius acquirere vel agere, ridiculum valde et alienum afferre hoc in argumentum, quod tali jurejurando et promissione S. Petro per Pontificem ut successorem ejus acquiratur aliqua obligatio. Et ab hujusmodi particulari, quod tamen adhuc valde est dubium, inferre velle universale. Quasi quaelibet stipulatio alteri cuilibet facta Jure Canonico valeat, dummodo ei jusjurandum accedat. De successoribus autem, quod ibidem affertur, nihil novi continet, nec an Jure civili quicquam discrepat. Nam et Jure civili quisque sibi et heredibus suis tam stipulando quam paciscendo cado cavere et consulere potest."

Ähnlich wie Rittershusius führt Goeddaeus an, daß das kirchliche Recht nicht dazu da sei, den weltlichen Güteraustausch zu regeln und dort entstehende Unbilligkeiten auszugleichen:[5] "..... cum stipulatio juris sit civilis, eam inutiliter contractam, nequidem utile pactum habere, nisi hoc etiam agatur. Nec magni momenti est, quod quidam distinguunt inter actionem ordinariam vel extraordinariam, et viam denuntiationis Evangelicae; ut loquuntur. Nam non magis haec quam illa locum habet: tum quod Evangelica et Prophetica doctrina prodita non sit, ut jura ob bonum publicum introducta corrigat, vel nova remedia exequendae justitiae prodat; sed ad studium vitae caelestis et pietatis invitet: tum quod jubeat omni honestae sanctioni, cujusmodi

---

5) Commentariaus, Cap. X Concl. 1 n. 15.

haec de stipulationibus est, obtemperare, nec velit eam corrigere."
Außerdem führt er[6] und ebenso Zoesius[7] und Struvius[8] als weiteres Argument in die Diskussion ein, daß aus einer stipulatio alteri facta schon deshalb weder nach ius civile oder ius canonicum eine gültige Verpflichtung entstehen könne, "quia consensus deficeret."
Auch Zasius[9] erklärt, sich nicht der Glosse anschließen zu können, und lehnt es ab, daß aus der stipulatio alteri facta eine obligatio naturalis entstehe: "Nolo quod ius Canon. nobis ita dominetur, quod facile decidat absque iusta ratione. Nunquam iure Canon. subsribimus contra ius civile, nisi in casibus per ius Canon. expressis..... sed nullus textus est expressus qui hoc decidat, quapropter manemus cum regulis iuris civilis."
Der gleichen Ansicht ist Struvius, daß es an einem canonischen Recht fehle, wonach man gültig für einen anderen stipulieren könne:[10] "..... quando vero hoc deficit, non est inducenda differentia inter ius Canonicum et civile ...."
Zasius bringt zudem eine päpstliche Bestimmung, die sonst gerne für die gegenteilige Meinung angeführt wird, als Beleg dafür, daß auch nach canonischem Recht nicht die Handlung irgendeiner Privatperson den sofortigen Forderungserwerb eines abwesenden Dritten zur Folge haben könne, Die Bestimmung, Cap.2 de usur. in VI (5,5) lautet: "Quamquam usurarii manifesti de usuris, quas receperant, satisfieri expressa quantitae vel indistincte in ultima voluntate mandaverint: nihilominus tamen eis Ecclesiastica sepultura denegetur, donec de usuris ipsis fuerit

---

6) a.a.O. Cap. X Concl. 1 n. 14.
7) Commentarius, lib. 45 Tit. 1 n. 69.
8) Syntagma, lib. 45 Tit. 1 n. 69.
9) Opera omnia, Tom. III de verb. obl. § alteri n. 21/22.
10) a.a.O.

(prout patiuntur facultates eorum) plenarie satisfactum: vel illis, quibus facienda est restitutio, si praesto sint ipsi, aut aliis, qui eis possint adquirere, vel eis absentibus loci ordinario, aut eius vices gerenti, sive Rectori parochiae, in qua testator habitat, coram aliquibus fide dignis de ipsa parochia (quibus quidem ordinario, vicario et Rectori praedicto modo cautionem huiusmodi eorum nomine liceat praesentis constitutionis auctoritate recipere: ita quod illis perinde actio adquiratur.) aut servo publico de ipsius ordinarii mandato idonea de restitutione facienda sit cautum."
Dazu äußert Zasius[11]: "Quod autem de iure Canon. alter alteri stipulari non possit, habetis arg. validum in contrario sensu in c. quanquam circa medium de usur. lib. 6 ubi usurarius manifestus etiam si in testamento suo provideat restitui oportere usuras, hoc tamen non sufficiat nihilominus carebit ecclesiastica sepultura, nisi promitta iudicii ordinario vel parrochanio vel alii publice personae, se restiturum caeteris usuras. Ecce si alicui privato ita promisset usurarius, nihil profecisset, proinde opus erat iudicio ordinario promittere. Unde a contrario, si est hoc in usurario admissum, ergo ex consequentia ius Canon. manet cum doctrinis nostris."
Auch Fachinaeus hebt hervor, daß nur auf Grund einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung ein Unterschied zwischen civilem und canonischem Recht gemacht werden dürfe, die für die stipulatio alteri facta jedoch fehle:[12] "..... quia non est inducendum aliquod discrimen inter ius canonicum et civile nisi expressum sit. sed nullibi iure canonico est expressum, alteri stipulationem factam valere contra iuris civilis regulas. Ergo non valet."

---

11) a.a.O. n. 22.

12) Controversiae, To, I lib. III Cap. 19.

Wie Zasius fügt er hinzu: "Secundum argumentum sumi potest ex cap. Quanquam de usuris lib. 6 quatenus ibi exigitur persona publica, ut stipulatio alteri fiat", um schließlich noch gegenüber dem Lieblingsargument der Gegenseite, dem canonischen Prinzip der Einhaltung der Vertragstreue, Stellung zu beziehen:" Ad contrariae sententiae argumentum respondeo, illud non obstare quia etiam iure civili proditum est, servandam esse fidem, et tamen alteri stipulari nemo potest."

Einer derjenigen, die der Glosse treu bleiben, ist Covarruvias[13], der so zu einer unterschiedlichen Behandlung der Gültigkeit einer stipulatio alteri facta nach ius civile und ius Canonicum gelangt: Civilrechtlich sind derartige Geschäfte ungültig: "Nam stipulationes in hoc ipsum iure civili inventae ac inductae sunt, ut quis sibi stipuletur quod eius instersit.", nach ius Canonicum sind sie gültig: ".... haec vero ratio iure naturali cessat secundum quod tantum in pactis et conventionibus consideratur, quod fides data servetur. Igitur iure naturali et item iure Canonico stipulatio alteri per alterum facta valida est et ius stipulanti acquirit: licet ius civile obligationem civilem et actionem ei negaverit. Multa possent in favorem huius opinionis adduci.... Illud tamen omittendum non est, quod huic disputationi causam dedit: nempe Bart. in d.l. si quis pro eo dum scribit huic stipulationi ius civile nec adsistere nec resistere, imo ipsam vires iuris naturalis habere."

Da die genannten Juristen noch von der grundsätzlichen Ungültigkeit einer stipulatio alteri facta nach ius civile ausgingen, war für sie der Fall einer eidlichen Bekräftigung einer solchen Stipulatio besonders interessant. Das canonische Recht geht nämlich von der absoluten recht-

---

13) Interpretatio, Tom. I pars II § 4 n. 2.

lichen Unverbrüchlichkeit des Eides aus: Der freiwillig, nicht unter Einfluß von Zwang oder Drohung geleistete Eid hat zur Folge, daß die Verbindlichkeit trotz ihrer civilrechtlichen Ungültigkeit erzwingbar ist. Ein Beispiel bietet Cap. 2 de pact. in VI (1,18): "Quamvis pactum, patri factum a filia dum nuptui tradebatur, ut dote contenta nullum ad bona paterna regressum haberet, improbet lex civilis: si tament iuramento non vi nec dolo praestito firmatum fuerit ab eadem, omnino servari debebit, quum non vergat in aeternae salutatis dispendium, nec redundet in alterius detrimentum."
Noch deutlicher zeigt die nachstehende Stelle, daß nach canonischem Recht der Eid stets und immer zu halten ist, selbst wenn das hierdurch erzielte Ergebnis sogleich wieder rückgängig gemacht werden kann: Cap. 28 X de jurejur. (2,24): "Debitores autem ad solvendas usuras, in quibus se obligaverint, cogi non debent, nisi eas iuramento iuraverint cogendi sunt Domino reddere iuramentum, ut a creditoribus solvantur. Et quum usurae solutae fuerint, creditores ad eas restituendas sunt ecclesiastica severitate, si necesse fuerit, compellendi."

Die Glosse machte sich diesen Standpunkt zu eigen und lehrte, daß die Beeidigung stets und immer das Entstehen einer gültigen Obligatio zur Folge habe.[14] Die Zweifel, ob eine eidlich bekräftigte stipulatio alteri facta civilrechtlich durchsetzbar sei, waren auch bei den genannten Juristen des 16. und 17. Jahrhunderts weit geringer als es der Fall für die Frage war, ob das canonische Recht schlechthin die Gültigkeit einer stipulatio alteri facta mit sich bringe.
So erklärt Struvius[15]: "Limitare vero solent regulam

---

14) Fachinaeus, a.a.O.: "Ceterum si iuramentum accesserit stipulationi eam esse efficacem docuerunt Bartolus.... Baldus.... Jason.... Covarruvias.... Seraphinus...."

15) a.a.O.

praedictam, neminem alteri stipulari licere....
4) Si promittens dare alteri, hoc juramento confirmaverit et non vergat in detrimentum animae jurantis aut tertii juramentum."
Desgleichen vertritt Zoesius[16] die Meinung: "Juramentum operatur, ut stipulatio alteri facta sit servanda, cum non vergat detrimentum animae jurantis, aut tertii."
Auch Zasius[17] bleibt, wenngleich mit Zweifeln, der Glosse insoweit treu: "Tertio fallit (regula), si is qui promisit se alteri tertio daturum, iuret solemniter, tunc ratione iuramenti est, compellendus, ut satisfaciat promissioni. ita videtur sentire glo. quamvis sub dubio, in c. quoties cordis oculus 1 q. 7 et ratio est quia hoc iuramentum potest servari sine interitu salutis. Bart. idem tenet in 1. si quis pro eo in 7 membro. intra de fideiuss. Ego hanc limitationem relinquo in medio, quia iuramento est hoc perpetuum, ut intelligatur iuxta naturam contractus, tamen quia Docto. communiter ita limitant maneo cum communibus."
Ausführlicher begründen Covarruvias und Fachinaeus ihren Standpunkt.
So gesteht Covarruvias[18]: "..... mihi verissima videtur opinio Bartol. existimentis hanc stipulationem, quae alteri per alterum fit, validam esse. etiam iure civili, si iuramentum accesserit: non enim est prohibita favore publico, nec iuramentum ex parte iurantis nec ex parte eius, cui iuratur, est illicitum: cum possit servari utrinq; sine dispendio salutis aeternae: sed eidem stipulationi lex civilis vel resistit, vel non adsistit, qua stipulantis minime quicquam intersit. Quae quidem ratio religione iuramenti deficere quodam modo videtur propter divini nominis intercessionem. Sic denique Bart. conclusio

16) a.a.O. n. 76.
17) a.a.O.
18) a.a.O. n. 17.

communis est.", und fügt als weitere Erklärung hinzu: "..... Et praeterquam ex iuramento obligatio oriatur: sicuti in hac prima huius Relectionis parte admonuimus, § 2, satis probatur, stipulationem istam iuramento confirmati et validam esse. Quam sententiam in eo sensu accipimus, ut secuta absentis acceptatione cedenda sit ei actio per stipulantem: quod et paulo ante de iure Pontificio observandum esse diximus."
Damit gelangt Covarruvias zwar zu einer gültigen eidlichen stipulatio alteri facta,hält aber für den endgültigen Erwerb des Dritten dessen Acceptatio und die Zession für erforderlich.

Fachinaeus aber argumentiert folgendermaßen:[19]
"Ceterum si iuramentum accesserit stipulationi eam esse efficacem docuerunt Bartolus.... Baldus.... Jason.... Covarruvias.... Seraphinus. Argumenta sunt ista:
Primum. Stipulatio alteri facta valet, si poena adjicitur l. 38 § 17 de verb. obl. (45,1). Ergo multo magis, si iuramentum accesserit.
Secundum. Ex stipulatione alteri facta nascitur saltem naturalis obligatio, quia promissio inest. l. 1 de pact. (2,14). Ergo si iuramentum accesserit, efficacem producet obligationem.
Tertium. Iuramentum praestatur Deo cap. 6 X de jurejur. (2,24). Deus autem partis praesentiam supplet. l. 13 § 1 de judic. (3,1).
Quartum. Iuramentum confirmat contractus et pacta alioqui iure civili invalida cap. 2 de pact. in VI (1,18). cap 28 X de jurejur. (2,24). Ergo confirmabit etiam stipulationem alteri factam, quamvis iure civili nullam.
Quintum. Ubi iuramentum obligationi adiicitur, ibi non inspicitur, an intersit stipulantis, quia servandum est iusiurandum, ut patet ex cap. 6 X dejurejur. (2,24)."

---

19) a.a.O.

Bereits Buchka[20] hat allerdings darauf hingewiesen, wie wenig beweisend die ersten drei Argumente seien, während den beiden letzten die Auffassung zu Grunde liege, daß der Eid causa nova obligationis sei.

Gänzlich unwidersprochen blieb die allerdings wohl herrschende Meinung zu jener Zeit jedoch auch nicht mehr.

So beschränkt Alciat die novierende Wirkung des Eides auf den Bereich des canonischen Rechts:[21] "Sed et illud receptissimum est, huiusmodi naturalem obligationem iuramento confirmari. quod hic diffuse Alexand. et Jason ostendunt. Ego iure civili hanc vim iuramento dari non arbitror, ut Bald. et Pont. et Joan. Faber recte senserunt ..... iure vero Pontificio etiam confirmari verissimile est eam promissionem quae alias nec naturali quidem obligationi sufficeres, ut quia directis verbis versus extraneam personam esset concepta videtur enim iuramentum Deo praestitum, qui pro absente receperit, potestque tale iuramentum citra salutis aeternae periculum observari. Sed quae illi absenti dabitur actio? et constat, si iuramentum in iudicio deferente procuratore sit, dari domino utilem, nec alia cessione opus esse. habet enim iuramentum vim iudicij at in iudicialibus alteri per alterum quaeritur absque cessione."
Und Rittershusius versucht folgende Widerlegung der Gegenseite:[22] "In altero c. hoc tantum dicitur Quod Deus inter juramentum et loquelam nostram nullam velit esse distantiam et proinde nec in juramento nostro, ullam perfidiam, nec in verbis ullum mendacium esse debere.... Sed hinc non sequitur, stipulationem juratam alteri factam ei acquirere obligationem.... Fateor equidem, eum qui juravit Sempronio stipulanti, se daturum Titio, si non det, fieri perjurum.

---

20) a.a.O., S. 151.
21) a.a.O. n. 30/31.
22) a.a.O.

Sed quaestionis est, utrum Titius, vel ipse etiam Sempronius agere possit ex hujusmodi stipulatione, ut per quam vel huic, vel illi quaesita sit obligatio, id quod negamus: tametsi ita jurantem Deo obligari non eamus inficias. Verum aliud est loqui de obligatione hominis ad Deum sive religione...., aliud est dicere de obligatione inter homines contrahenda: et de actione, quae inde competat in judicio humano quae nostra est quaestio."

Als Ergebnis läßt sich damit festhalten, daß zumindest im 16. und 17. Jahrhundert eine Modifikation des römischen Grundsatzes "alteri nemo stipulari potest" durch das canonische Recht in allgemeiner Form nicht mehr anerkannt wurde, weil die Mehrheit davon ausging, daß das kirchliche Recht wesensmäßig den Erwerb von Vermögensrechten durch die Handlungen Dritter gar nicht regle. Die Ausnahme, die für den Fall der eidlich bekräftigten stipulatio alteri facta gemacht wurde, erklärt sich daraus, daß man auch im weltlichen Recht von der unbedingten Unverbrüchlichkeit des Eides ausging.

5. K a p i t e l

Die Lehre von der Stellvertretung und den Verträgen zugunsten Dritter bei den Anhängern des Naturrechts

Das Gefühl der Bindung an das römische Recht war weit schwächer in der Epoche des Naturrechts. Seine Anhänger gaben dem ius naturale, das sich ihrer Ansicht nach als unabänderliches, ewiges Recht aus der Vernunft und Natur des Menschen herleitete, den unbedingten Vorrang vor allem positiven Recht. Deshalb wurden nun manche Abweichungen vom römischen Recht allein auf das natürliche Recht gegründet. Auch die Regel des "neminem alteri stipulari posse" wurde so zu einer "der simplicitas juris naturalis widersprechenden Satzung" erklärt.[1)]

Hugo Grotius, der vielgerühmte Vater des Naturrechts, war es vor allem, der auch auf dem Gebiet des rechtsgeschäftlichen Handelns für einen anderen neue Ansichten aufstellte, die von seinen Anhängern weitgehend aufgegriffen wurden.
Klar grenzt er den Begriff des Boten ab von anderen Mittelspersonen und klammert ihn damit von vornherein aus dem Bereich der Stellvertretung oder eines sonstigen rechtsgeschäftlichen Handelns für einen Dritten aus:[2)] "Distinguendum quoque inter ministrum, qui electus est, ut promissionem significet, et inter eum, qui electus est, ut ipse promittat."

Er unterscheidet aber auch zwischen direkter Stellvertretung im Erwerbsgeschäft und einem Vertrag zu Gunsten Dritter:[3)] "Solent et controversiae incidere de acceptatione pro altero facta: in quibus distinguendum est

---

1) Vgl. Buchka, a.a.O., S. 42/43.
2) De jure Belli ac Pacis, lib. II Cap. 11 §17, S. 359.
3) a,a.O., § 18 S. 359.

inter promissionem mihi factam de re alteri danda, et inter promissionem in ipsius nomen collatam cui res danda est."
Der wesentliche Unterschied zwischen beiden Rechtsfiguren wird hervorgehoben: bei einem Vertrag zu Gunsten Dritter läßt der Promissar sich selbst die Leistung versprechen; bei einem stellvertretungsweise abgeschlossenen Vertrag dagegen wird das Versprechen ganz auf die Person des Dritten gestellt, an dessen Stelle und in dessen Namen der eine Contrahent handelt. Grotius verkennt dabei nicht, daß es der Stellvertreter ist, der handelt, der das Versprechen acceptiert. Als Vertrag des Vertretenen kann das Geschäft deshalb auch nur behandelt werden, wenn der Vertretene zu einem derartigen Vertrag Auftrag gab.[4)]
"Quod si promissio in nomen eius collata est cui danda res est, distinguendum est, an qui acceptet, aut speciale mandatum habeat acceptandi, aut ita generale, ut talis acceptatio ei inclusa censeri debeat: an vero non habeat. Ubi mandatum tale antecessit, distinguendum ultra non puto, sitne persona sui juris necne, quod Romanae leges volunt, sed plane ex tali acceptatione promissionem perfici: quia consensus et per ministrum interponi ac significari. Velle enim censeor quod in alterius voluntate posui si et ille velit."

Daß Grotius hier nicht doch den Stellvertreter dem Boten gleichsetzt, worauf die Verwendung des Ausdruckes "minister" hinzudeuten scheint, ergibt die Wendung "velle enim censeor..... si et ille velit"; der Stellvertreter wird nicht als willenloses Werkzeug angesehen. Auftragserteilung und auftragsgemäße Consenserklärung des Mandatars im Namen des Mandanten gegenüber dem Geschäftspartner dürfen dem Erfolg nach als Erklärung des Mandanten selbst behandelt werden.

Für die direkte Stellvertretung im Verpflichtungsgeschäft scheint Grotius die gleiche Konstruktion anzunehmen, wenn er ausführt:[5] "Sed et per hominem alterum obligamur, si constet de voluntate nostra qua illum eligerimus, ut instrumentum nostrum ad hoc speciatim aut sub generali notione."

Das Hauptgewicht legt Grotius, und ihm folgend die meisten Naturrechtler, auf die Erörterung der Frage, ob bei Stellvertretung vor Erteilung der an Stelle des vorangehenden Mandates erforderlichen Ratihabition und bei einem Vertrag zu Gunsten Dritter vor Erklärung der für erforderlich erachteten Acceptatio des Dritten bereits eine Gebundenheit zwischen den Beteiligten eintrete.

Grotius stellt folgende Regeln hierzu auf:
Bei einem Vertrag zu Gunsten Dritter erlangt der Promissar, unabhängig von einem besonderen Interesse durch die Vertragsannahme des "jus efficiendi, ut ad alterum jus perveniat, si et is acceptet." Der Versprechende ist ihm deshalb bereits vor der Acceptation des Dritten verbunden; nicht gebunden ist aber der Versprechensempfänger, und dies deshalb, weil es sich um seinen eigenen Contract handelt, weil ihm und nicht dem Dritten versprochen wurde.[6]

Liegt ein Fall auftragsloser Stellvertretung vor - Grotius geht davon aus, daß die Vertretungsbefugnis durch Auftrag erteilt werde, und gibt so dem römisch-rechtlichen Mandatsbegriff einen ganz neuen Inhalt - so gelangt er zu

---

5) a.a.O. § 12 S. 356.

6) a.a.O. § 18 S. 360: " .... ita ut medio tempore a promissore promissio revocari non possit, sed ego, cui facta est promissio eam possim remittere. Nam is sensus juri naturae non repugnat et verbis talis promissionis maxime congruit neque nihil mea interest si per me alter beneficium acquirat."

dem entgegengesetzten Ergebnis wie unser heutiges Recht des BGB, das einen Widerruf nur bei Kenntnis vom Fehlen der Vollmacht ausschließt. Da es sich hier nicht um einen Vertrag handelt, durch den der eine Contrahent sich selbst etwas versprechen läßt, trifft Grotius für dessen Remissionsrecht folgerichtig eine andere Entscheidung als bei einem Vertrag zu Gunsten Dritter:[7] der Stellvertreter kann nicht remittieren, da er nicht dazu verwandt ward, selbst ein Recht zu erwerben.

Buchka[8] wirft Grotius zu Unrecht vor, diese seine letzte Entscheidung habe etwas "unverkennbar Schwankendes"; er verkennt, daß es sich um einen Fall auftragsloser Stellvertretung handelt, wo das Recht des Vertretenen endgültig erst mit dessen Genehmigung entstehen kann, indem er annimmt, es sei die Rede von einem mandatslos abgeschlossenen Vertrag zu Gunsten Dritter, eine Variante, die Grotius in Wahrheit unerörtert läßt.

Samuel Pufendorf trifft unter Berufung auf Grotius ebenso eine Unterscheidung zwischen Stellvertretung und Verträgen zu Gunsten Dritter.[9] Klarer noch als dieser stellt er heraus, daß wie im Erwerbs-, so auch im Verpflichtungsgeschäft eine direkte Stellvertretung möglich sei:[10] "Certum igitur est hominem obligari, non solum quando immediate alteri consensum suum declarat cui vult obligari; sed et quando eundem significet per alium hominem, quem consensus sui interpretem atque internuncium constituit.

---

7) a.a.O. § 18 S. 360: ".... sic tamen, ut medio illo tempore is qui acceptavit, remittere promissum non possit, quia hic non adhibitus est ad jus aliquod accipiendum, sed ad adstringendam promissoris fidem in sustentando beneficio, ita ut promissor ipse si revocet faciat contra fidem, non contra jus aliquod."

8) a.a.O. S. 164.

9) De iure naturae et gentium, Cap. 9 § 5 S. 306: "Quaeritur an tertius possit promissionem alteri factam ipsius loco acceptare. Ubi non est sermo de illo, qui super acceptatione nostro nomine facienda a nobis est instructus. Nam per talem quod facimus ipsi judicamur fecisse et velle censemur, quod in alterius volutate posuimus, si et ille velit."

10) a.a.O. Cap. 9 § 1 S. 305.

Is in isto negotio se habet ad modum instrumentalis causae, dum non solum omnia gerit alterius auctoritate, sed et quia non sibi ius adquirit, aut obligationem contrahit ad istum spectantem, quicum ut agat est destinatus rerum illi, cuius negotium gerit, jus adquirit."

Die Wendungen "consensum per alium significare" und "is se habet in isto negotio ad modum instrumentalis causae" könnten die Annahme nahe legen, daß Pufendorf hier von einem Boten und nicht von einem Stellvertreter spreche, bzw. die beiden Begriffe nicht getrennt habe. Doch zeigt eine andere Stelle[11], daß Pufendorf wohl zwischen diesen beiden Mittlerfiguren zu trennen weiß, zum anderen ergibt sich aus dem Zusammenhang der erstangeführten Stelle, daß dort die Rede von Stellvertretung und nicht von Botenschaft ist, denn Pufendorf fährt fort:[12] "Illae quippe actiones alterius in nobis quoque obligationem producunt, nobisque jus pariunt, adeoque pro nostris censentur, ad gerendas alium autoritate instituimus easque pro nostris agnituros palam professi sumus .... Et ex hisce fundamentis deducenda sunt pleraque, quae in legibus Romanis super actiones exercitorias et institorias traduntur. Huc enim spectat tit. D. quod iussu."
Die Hinweisung auf Institor und Magister navis, zwei immer selbst handelnde Personen, und die Wendung "actiones pro nostris censentur, ad quas gerendas alium autoritate instruimus" lassen den sicheren Schluß zu, daß Pufendorf hier echte Stellvertretung erörtert. Durch die Bezeichnung des Stellvertreters als internuncius - niemals aber als purus nuncius, will Pufendorf, ebenso wie durch die Benennung als instrumentum, testis oder arbitrium, zum Ausdruck bringen, daß der Stellvertreter im Gegensatz zu jemand, der einen gewöhnlichen Eigencontract abschließt,

---

11) a.a.O. Cap. 9 § 4 S. 3o6.
12) a.a.O. Cap. 9 § 9 S. 3o5.

nicht auf Grund seiner eigenen Entschlüsse allein zum Vertragsschluß schreitet, sondern daß für ihn noch der Wille eines anderen mitbestimmend ist.

Deshalb geht Everding[13] m.E. auch zu weit, wenn er annimmt, es handle sich bei der gesamten Erörterung Pufendorf's um Botenschaft, so daß der Ausdruck "autoritas" nicht als Vollmacht im heutigen Sinn zu verstehen sei. Die Schlußfolgerung ist im Ergebnis zwar zutreffend, aber nicht deshalb, weil Pufendorf nicht zwischen Stellvertretern und Boten zu trennen verstand, sondern weil er, wie alle seine Zeitgenossen, davon ausging, die Vertretungsbefugnis werde im Rahmen und durch das Mandat erteilt.
Beachtenswert ist gerade in der Lehre Pufendorf's, daß in ihr der Gedanke auftaucht, wirksame Stellvertretung verlange um ihrer außergewöhnlichen Wirkungen in der Person eines anderen willen dessen Ermächtigung zu einem derartigen vertretungsweise vorgenommenen Handeln.

Das Hauptgewicht legt auch Pufendorf auf die umstrittene Frage der zwischenzeitlichen Parteibindung. Für die promissio mihi facta de re alteri danda wiederholt er die Ansicht des Grotius.[14]
Anderer Auffassung ist er indessen für den Fall vollmachtsloser Stellvertretung:[15] "At vero altero casu, quando ita est concepta promisso: promitto seu assero te teste, me Sejo daturum, si quidem mandato destiuaris pro Sejo promissionem acceptandi, utut verbis istis annueris neque tibi jus quaesivisti, neque Sejo, quia actionem tuam pro sua non agnoscit. Unde nihil interest, utrum interveniens testis promissioni annuat vel non ....

---

13) a.a.O. S. 23 Anm. 28.
14) a.a.O. Cap. 9 § 5 S. 306.
15) a.a.O. Cap. 9 § 5 S. 306.

Et promissor quia per acceptationem Sejo jus non est quaesitum, revocare potest citra injuriam. etsi non semper citra violationem constantiae et veracitatis."

Pufendorf gelangt zu diesem Ergebnis, weil infolge der fehlenden Ermächtigung ein sofortiger Rechtserwerb des Vertretenen nicht habe eintreten können, ohne zu der von Grotius angeschnittenen Frage Stellung zu nehmen, ob dem Vertretenen durch das Handeln im Hinblick auf seine Person nicht doch schon eine unentziehbare Rechtsposition erworben sei.

Bei I.H. Böhmer ist die eben gefundene Unterscheidung zwischen Stellvertretung und Verträgen zu Gunsten Dritter wieder verwischt.
Bei jedem rechtsgeschäftlichen Handeln für einen Dritten erscheint ihm der Parteiwille, der Dritte solle ein Recht aus dem Geschäft erwerben, als ausreichendes Kriterium dafür, einem derartigen Versprechen Wirkung über die Personen der Vertragsschließenden hinaus zu verleihen, wobei er allerdings stets das Accept des Dritten zur Voraussetzung für dessen endgültigen Rechtserwerb macht:[16] "Cum promissum obliget ideo, quod ab altero acceptum sit,..... consequens est, promissum, quod non tantum in proprium, sed etiam in alterius commodum et usum vergit, sancte servandum, nec promissori integrum esse, ab eo recedere. Hoc vero, ut impetratur effectumque habeat, praeterea necesse est, ut non tantum stipulanti, sed etiam tertio, in cuius utilitatem pactum initum est, ius perfectum adquiratur, idque etiam ex voluntate et intentione praesumta paciscentium, qui id egisse videntur, ut tertio ius efficax

16) Exercitationes, Tom. II, Ex. 28 Cap. 1 § 5.

perfectumque adquiratur, ne alioquin actum inanem et rem sine effectu egisse censeantur. Quid vero impediret, quo minus ius perfectum in tertium ex voluntate paciscentium adquiri posset, cuius nomine promissum a compaciscente acceptatum esse constat? nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini vel promittentis, volentis rem suam vel ius perfectum in alium transferre, ratam haberi."
Dieser Gedanke, daß der Wille der Contrahenten, dem Dritten einen Rechtserwerb zu verschaffen, rechtlich anerkannt werden müsse, hat für die Stellvertretung die gleiche Bedeutung und Geltung wie für Verträge zu Gunsten Dritter.
Hinzukommt aber, und das ist entscheidend für die Aufgabe der Unterscheidung zwischen Stellvertretung und Verträgen zu Gunsten Dritter, daß nach Ansicht Böhmer's in jedem Fall, auch wenn der Promissar alterius nomine das Versprechen acceptierte, unumgänglich dieser selbst das versprochene Recht erwerbe: [17] 'Si enim adhibitus est ad adstringendam promissoris fidem in sustentando beneficio (der Fall der stipulatio in alterius nomine collata nach Grotius) ius omnino acquirere debuit, mediante quo adstringere possit fidem promissoris in dando beneficio, adeoque hic casus a priori non adeo differt (es handelt sich um die promissio mihi facta de re alteri danda[18]), nisi quod hic explicite promissio in nomen tertii collata, in priori autem casu magis implicite."

---

17) a.a.O. Ex. 28 Cap. 1 § 6.

18) a.a.O. § 6: für die promissio mihi facta de re alteri danda lautet Böhmer's Meinung: "Si mihi per acceptationem ius datur efficiendi, ut ad alterum ius perveniat, si et is consentit: simul efficaciter volo intendoque eaque necessario mente esse debeo, ut alter statim me interveniente ius eventualiter adquirat, si is meum factum ratum habeat. Qui enim vult finem, velle etiam censetur media, fini consequendo idonea, ... Inde fluxit medio tempore i.e. antequam tertii consensus accesserit illud promissum a stipulatore citra iniuriam tertii remitti non posse, cui eventualiter ius adquirere volui, promittentem a suo promisso medio tempore recedere non posse."

Die Schlußfolgerung Böhmer's ist deshalb nur allzu naheliegend:[19] "Quod: qui pactum init et illud in nomen tertii confert citra mandatum, utrumque intendit: ut et sibi et Titio, in cuius nomen promissio est collata, acquirat, parum refert, utrumque promissor dicat: Promitto tibi, me Titio ..... daturum esse, an Titio, amico tuo, te acceptante, me .... daturum esse. nam dum acceptet, utrumque ex communi sensu intendere videatur; tum ut sibi, tum ut tertio ius acquirat."
Als Begründung für die Gültigkeit solcher Verträge führt Böhmer nicht, wie es zu früheren Zeiten häufig geschah die Bestimmungen des canonischen Rechts an, aus denen man die allgemeine Zulässigkeit des alteri stipulari folgern zu können glaubte, - sie erscheinen ihm zu zweideutig und umstritten, - er beruft sich vielmehr auf den germanischen Grundsatz der Vertragstreue, der verlange, daß gegebene Versprechen auch erfüllt würden.[20]

Unter Berufung auf das nunmehr geltende Gewohnheitsrecht stellt Wernher folgendes Schema auf:[21] Bei der promissio

---

20) a.a.O. Ex. 28 Cap. 2 § 4: "Dispositio iuris canonici non penitus indubia est.Certius et evidentius fundamentum huius causae ex sanctitate datae fidei, quam Germani prae ceteris populis egregie coluerunt, et simplicitate iuris naturae quae Germanis in pactis vel promissis unice curae et cordique fuit et adhuc hodie servatur, peti et derivari potest.... Nego ius Romanum in materia de pactis pro regula unica et universalis receptum esse. Nego praeter ius civile, ius aliud domesticum deficere, cum negari nequeat, ante receptum ius Romanum ius domesticum citra promissa in Germania obtinuisse."

21) Observ. et Comment., Obs. 182: "Satis enim est, id actum esse,ut acceptantem jus transiret exigendi a promittore, ut tertio deinceps volenti et consentienti praestatur. Quocirca etiam antequam tertius id resciverit, vinculum a promittente contractum est, quod alter, cui facta est promissio, apprehendit, eoque, ipso volente, jus sibi acquisivit efficiendi, ut in tertium, si is ex post factum consentiret, jus transferatur. Donec tertius in illud negotium consenserit, nullum poscendi jus habet nec obligationem, nec actionem sibi quaerere potuisse videtur. Ita interim inter solum promittentem ac promissorem negotium intercedit, eoque nihil prohibet, quo minus uterque mutuo consensu a pacto inter se inito recedere."

alteri data, ius in tertium se conferre wird durch die Annahme des Promissars zwischen ihm und dem Promittenten eine Bindung geschaffen, so daß auch vor dem Accept des Dritten, wodurch dieser ein eigenes Forderungsrecht erwirbt, bereits ein einseitiger Rücktritt des Schuldners unmöglich ist, wohl aber eine vertragsmäßige Aufhebung durch die Paciscenten noch in Frage kommt.
Bei der Promissio in alterius nomen collata bewirkt das Accept des Mandatars, daß das Versprechen als von dem Mandanten gültig angenommen anzusehen ist, da man seinen Consens auch durch Mittelspersonen erklären könne.[22)]

Fehlt dagegen das Mandat zur Annahme eines derartigen Versprechens, so kann ein Accept, das mit Willen des Schuldners erfolgt, keine vollgültige Annahme wie im vorhergehenden Fall darstellen; es bindet aber doch den Schuldner insoweit, daß er nicht mehr zurücktreten kann. Der Acceptant dagegen kann das Versprechen schon deshalb gar nicht remittieren, weil ihm gar kein Recht versprochen wurde.[23)]

Das zeigt, daß Wernher den Vertreter im Erwerbsgeschäft als echten direkten Stellvertreter im heutigen Sinne auffaßte, denn seiner Meinung nach bleibt der Vertreter von den Wirkungen des Vertretergeschäfts unberührt.

---

22) a.a.O.: "Si is qui acceptat mandatum aut generale aut speciale habet, plane ex eius acceptatione promissio perficitur.Naturaliter enim nihil interest, sive quis ipse, sive per alium acceptet et quod quisque vult, et agit mandato alterius, id ipse velle intellegitur, quia consensus potest et per ministrum interponi ac significari."

23) a.a.O.: "Deficiente autem mandato, si alius, cui promissio facta non est, acceptet, volente promissore, scil. si is, quo teste ac arbitrio alter promisit, se tertio daturum, promittente annuat, tunc is erit effectus, ut promissori revocare promissionem non liceat. et acceptans remittere non potest, non vero in nomen eius collata promissio, eoque nullum ius in eundem derivatum, quod remittere possit."

Auch die Brüder Becmann wissen eine Unterscheidung zwischen den verschiedenen Vertragsarten zu treffen, wenn sie in einem Rechtsgutachten ausführen:[24] ",..... sondern auch nach einmüthiger Lehre der heutigen Rechtsgelehrten die Gültigkeit eines einem abwesenden dritten gethanen Versprechens nach der Einfalt des natürlichen Rechts und der natürlichen Billigkeit im geringsten nicht bezweifelt werden mag ..... sogar, daß wie im gegenwärtigen Falle..... geschehen, wenn der Versprechende etwas nicht so wohl dem gegenwärtigen selbsten zum Besten des abwesenden Dritten, sondern dem abwesenden dritten selbsten verspricht, und dem gegenwärtigen es nur Namens desselben zu acceptiren erlaubet, der gegenwärtige dieses Recht wie ein fremdes dem dritten bereits gehöriges Recht anzusehen, welches er auch vor desselben acceptation zu remittieren nicht befugt."

Leyser war die direkte Vertretung im Erwerbsgeschäft ebenfalls nicht fremd[25]; für den Bereich der Vertretung im Verpflichtungsgeschäft dagegen hält er ausdrücklich an dem römischen Klagensystem fest, erörtert aber in dessen Rahmen einige Einzelfragen, die ganz allgemein in der Entwicklung der Vertretungslehre zu weiterer Klärung beigetragen haben dürften. So berichtet er[26] von einem Rechtsgutachten der Jurisconsulti Helmstadienses, in dem hervorgehoben wird, daß der Contrahent nur dann nicht proprio nomine hafte, wenn er zur Zeit des Geschäftsabschlusses Institor war und als solcher erkennbar für den Geschäftspartner contrahierte: "Institor ex his, quae tempore officii sui gessit, proprio nomine conveniri nequit. Necesse tamen est, ut probet, se institorem fuisse, et, se negotium illud tamquam institorem gessisse. Unum ex his

---

24) Consilia et Decisiones, pars 1. Resp. 5 n. 1o.
25) Meditationes, Vol. 7, Spec. 519 zu Med. 4 u. 5.
26) a.a.O. Spec. 161 zu Med. 1 u. 2.

probari non sufficit."
Damit wird zugleich klargestellt, daß den verklagten Institor für beide Punkte die Beweislast trifft. Kann er den Beweis nicht führen, so gilt er als Eigencontrahent: "Alias enim proprio nomine agere censetur et proprio etiam nomine convenitur."
In einem anderen Rechtsgutachten des gleichen Kollegiums wird festgestellt[27], daß grundsätzlich der Umfang des dem Mandatar vom dominus erteilten Mandates für den Umfang maßgeblich sei, in dem der Erstere den Letzteren verpflichten könne. Dies gelte dann nicht, wenn der dominus dem in Aussicht genommenen Drittcontrahenten aufgetragen habe, er möge mit dem Institor contrahieren, ohne daß er hierbei nähere Angaben über den Mandatsumfang gemacht hätte. Eine Haftung sei hier auch bei Mandatsüberschreitung gegeben.
Daß es die Kundgabe der Beauftragung nach außen, und nicht die im Innenverhältnis erfolgte praepositio sei, welche die Haftung des dominus begründe, suchen die Jurisconsulti Helmstadienses mit folgenden Worten auszudrücken: "Actio nempe contra eum instituta non tam institoria quamquod jussu erat. Jusserat quippe alterum cum institore suo negotium gerere. Ex jussu autem sin solidum adversus jubentem judicium datur, quia quodammodo cum eo contrahitur, qui jubet."

Der Gedanke, daß die Mitteilung der Bevollmächtigung nach außen als Einräumung der Vertretungsbefugnis zu werten sei (vgl. § 172 BGB), taucht hier, wenn auch noch nicht praecise formuliert, auf, und es wird auch bereits der Grund für diese Ausnahme genannt: der berechtigte Schutz gutgläubiger Dritter: "Non decipi debent contrahentes. Deciperentur autem illi sine dubio si fidem institoris

---

27) a.a.O. Spec. 161 zu Med. 3 u. 4.

sequi simpliciter jussi deinde ex lege praepositionis quam ignarunt, eluderentur."

Was die Gebundenheit bei ermächtigungsloser Stellvertretung vor erfolgter Ratihabitio anlangt, so ist Leyser der Meinung, daß der Versprechende gebunden sei, der ohne Vollmacht Handelnde aber widerrufen könne.[28)]

Den Gedanken, daß in der direkten Stellvertretung eine Repraesentation des dominus durch den Stellvertreter liege, betont besonders Hertius[29)]: "Caeterum nihil obstet, seposita lege civili per alium hominem, quem consensus nostri interpretem atque internuncium elegimus, quique ..... quasi quidem pene dominus est, acquiri nobis obligationem."

Am umfassendsten und klarsten aber spricht Christian Wolff aus, was unter Stellvertretung zu verstehen sei:[3o)] "Quoniam mandatarius tuo nomine egit, quod intra fines mandati agit, tu fecisse putandus es. cumque de voluntate tua alteri constare non possit nisi ex mandato manifesto, quod mandatarius facit intra fines mandati manifesti, id a te factum recte sumit is, cum quo agitur. consequenter promittendo te huic et acceptando hunc tibi obliget."
Abgesehen von der Auffassung des Mandatsbegriffs, die sowohl dem römischen Recht wie der heutigen deutschen Vertretungslehre widerspricht, da nach den Regeln beider ein Mandat eine Vollmacht zur direkten Stellvertretung

---

28) a.a.O. Spec. 519 zu Med. 4 u. 5.

29) Commentarius et opuscula, Vol. 1, Tom 3, de obligatione mandantis et mandatarii contemplatione tertii, § 5.

3o) Institutiones, § 533. Auch bei Wolff findet sich wie bei Pufendorf und Hertius die Vorstellung der Repraesentation des dominus durch den Vertreter: § 557: "Ex adverso quia mandatarius negotium mandantis huius nomine atque commodo gerit, idque gratis consequenter in eo mandantis personam repraesentat."

nicht umfassen kann, sind von Wolff alle Erfordernisse direkter Stellvertretung im modernen Sinn genannt: Der Stellvertreter muß auf Grund und im Rahmen einer ihm erteilten Ermächtigung handeln, und zwar erklärtermaßen, d.h. so, daß der andere Vertragspartner erkennt, wer der eigentliche Geschäftspartner werden solle. Nimmt er dann die so im Namen des Vertretenen gemachte Offerte an, so treffen ihn und den Vertretenen ausschließlich die aktiven und passiven Wirkungen des Geschäfts.
Den Vertrag zu Gunsten Dritter trennt er auch von der Stellvertretung und nimmt an[31], daß durch das Accept des Contrahenten sogleich ein bedingter Rechtserwerb des Dritten eintrete, woraus sich die Gebundenheit des Versprechenden ergebe; der Versprechensempfänger aber könne das Versprechen noch zurückweisen, es sei denn, er habe dem Dritten von dem Vertragsschluß Anzeige gemacht: dann sei er ihm verpflichtet, für die Erfüllung des Versprechens zu sorgen.

Abschließend läßt sich damit sagen, daß die Vertreter des Naturrechts die Ersten waren, die nicht nur die Rezeption des Satzes: "alteri nemo stipulari potest" leugneten oder mit Grundsätzen des canonischen Rechts zu helfen suchten, sondern die begannen, sowohl eine vom römischen Recht unabhängige Stellvertretungslehre wie eine Lehre der Verträge zu Gunsten Dritter zu entwickeln. Wenn sie auch das Hauptgewicht auf die Erörterung der Vertretung im Erwerbsgeschäft legten, so stellten sie doch das ganze Handeln des Vertreters erstmalig unter ein einheitliches Prinzip und sahen den Grund für den unmittelbaren Eintritt der verpflichtenden wie berechtigenden Vertragswirkungen in der Person des Vertretenen gleichermaßen in dem im fremden Namen für einen anderen vorgenommenen Handeln kraft dessen Ermächtigung.

---

31) a.a.O. § 443.

Erst dadurch, daß sie das System der actiones adiecti-
tiae qualitatis nicht unbesehen wie die anderen über-
nahmen, war der Weg frei für diese einheitliche Behand-
lung des Instituts der direkten Stellvertretung, wie sie
fast allgemein Eingang finden sollte in die Kodifikationen
jener Zeit.
Ebenauso bahnbrechend war die von den Naturrechtlern ent-
wickelte Lehre der Verträge zu Gunsten Dritter, und lange
hielt man daran fest, daß für den Rechtserwerb des Drit-
ten dessen Beitritt zu dem Vertrag erforderlich sei.[32)]

32) Vgl. hierzu auch Wesenberg, a.a.O., S. 118.

6. K a p i t e l

Die Regelung der direkten Stellvertretung in den Kodifikationen der Naturrechtsepoche und ihre Behandlung in der Rechtsprechung der deutschen Staaten im ausgehenden 18. und beginnenden 19. Jahrhundert

Vorbemerkungen

Die Darstellung würde zu umfangreich und zu ermüdend, sollten die Regelungen in allen Einzelheiten, wie sie jeweils in den verschiedenen Gesetzbüchern jener Zeit enthalten sind, in jedem Fall erneut vollständig aufgeführt werden.
Im Rahmen der Einzeldarstellungen soll deshalb lediglich darauf eingegangen werden, was der jeweilige Landesgesetzgeber unter dem Wesen der unmittelbaren Stellvertretung verstand, wie er die Stellung des Bevollmächtigten auffaßte, welche Besonderheiten landesrechtlich herausgebildet wurden und welche Streitfragen sich ergaben.

Folgende Bemerkungen aber seien dem vorausgeschickt:
Im Grundsätzlichen wurde die freie, auf rechtsgeschäftlicher Erteilung der Vertretungsmacht beruhende Stellvertretung in allen Landesgesetzbüchern jener Zeit anerkannt.

Allgemein vorausgesetzt wurde dabei, daß der Stellvertreter auf Grund und im Rahmen eines Auftrages, bzw. entsprechend einer nachfolgenden Ratihabitio des Geschäftsherrn gehandelt habe und daß der Mitcontrahent Kenntnis von der Mandatarstellung seines Partners gehabt, m.a.W. dieser im fremden Namen contrahiert habe.
Vgl.
Codex Maximilianeus bavaricus civilis Theil 4 Cap. 9 § 7.
Allgemeines Preußisches Landrecht, § 85, I, 13.
Code civil § 1997

Österreichisches Allgemeines Gesetzbuch § 1o17
Sächsisches Gesetzbuch § 788.

Handelte der Mandatar im eigenen Namen, oder zwar als erklärter Mandatar, jedoch unter Überschreitung seines Mandates, so traf den Mandanten grundsätzlich weder Rechte noch Pflichten. Der Dritte mußte sich an den Mandatar halten.
Vgl.
Codes Maximilianeus Th. 4 Cap. 9 § 7 Nr. 2.
ALR, §§ 154, 9o, I, 13
Code civil, §§ 1998 II, 1997
ABGB § 1o16
Sächs. GB §§ 789, 79o.

In keinem der Gesetzbücher jener Zeit wird eine Trennung zwischen Vollmacht und Auftrag, wie sie heute üblich ist, getroffen.
Vgl.
Codex Manimilianeus Th. 4 Cap. 9 § 1.
ALR § 5, I, 13
Code civil, § 1984
ABGB § 1oo2
Sächs. GB § 1295

Der Auftrag gilt als widerruflich, er endet mit dem Tod des Mandanten bzw. des Mandatars.
Vgl.
Codex Maximilianeus Th. 4 Cap. 9 §§ 11, 12,13,14
ALR §§ 159, 186, I, 13
Code civil, §§ 2oo4, 2oo3
ABGB §§ 1o2o, 1o22
Sächs. GB §§ 1321, 1324, 1325

Die offene Vollmacht geht der geheimen Instruktion stets vor, so daß der Mandant aus einem vollmachtsgemäßen,

aber instruktionswidrigen Geschäften gegenüber redlichen Dritten berechtigt und verpflichtet wird.
Vgl.
Codex Maximilianeus Th. 4 Cap 9 § 9.
ALR § 93, I, 13.
ABGB § 1027 a.E.
Sächs. GB § 1317.

I. Der Codex Maximilianeus bavaricus civilis und die Rechtsprechung des bayerischen obersten Gerichtshofes

Der im wesentlichen von dem Freiherrn von Kreittmayr verfaßte Codex von 1756 enthält in seinem 4. Theil, Cap. 9 §§ 1 ff ausführliche Bestimmungen über die freie Stellvertretung, zu der die Vertretungsbefugnis durch Rechtsgeschäft erteilt wird.
In § 7 wird die rechtsgeschäftliche Stellvertretung mit Fremdwirkung zugelassen, denn "was Mandatarius nicht für sich oder in eigener Sache, sondern von Commissionswegen mit einem Dritten handelt und schließt, ist ebensoviel, als hätte solches der Prinzipal selbst gethan und erwächst mithin hieraus seines Ortes Actio et Obligatio in Ansehung des Dritten, ohne daß man zu dem Ende von Mandatario einer vorläufigen Cession heut zu Tage mehr bedarf."
Der bay. oberste Gerichtshof führt zu dieser Bestimmung aus[1], daß bei einem Contract im Namen des Prinzipals heute nach gemeinem wie bay. Recht die Cession ein unnötiger Umweg sei, da dem Prinzipal die Klage unmittelbar als actio utilis gewährt werde. Darin, daß nur eine actio utilis gewährt wurde, zeigt sich, daß das bay. Landrecht die Person des Mandatars noch als die primär berechtigte und verpflichtete ansah, was sich aus folgenden Ausführungen

1) Entscheidungssammlung 3. Bd. S. 414 ff (1874).

Kreittmayr's entnehmen läßt:[2] "Soviel endlich die Negotia betrifft, wobey Mandatarius öffentlich qua talis erscheint, subsistirt auch solchen Falls zwischen ihm und dem Dritten, der sich mit ihm als Mandatarius eingelassen hat, sowohl actio als obligatio, gleichwie aber die erste nicht zu seinem, sondern nur des Prinzipalens Nutzen gereicht, also wird er der letzten nicht aus eigenem, sondern nur aus seines Prinzipalens Beutel entledigt."

Die actio adiectitiae qualitatis ist hiermit in der Modifikation, die bereits die Anhänger der eleganten Jurisprudenz anerkannten, beibehalten.
Die Mandatskenntnis des Dritten ist Voraussetzung für den abgeleiteten Eintritt der Vertragswirkungen in der Person des Vertretenen; ist die Kenntnis zufällig, also nicht auf eine Mitteilung des Vertreters zurückzuführen, so bleibt dennoch Raum für die Prüfung, ob ein Handeln im Namen des Vertretenen nicht aus den Umständen gefolgert werden könne.[3]

Bestimmte Geschäfte erfordern eine Spezialvollmacht.[4]

Auch der Vertrag zu Gunsten Dritter ist dem bay. Recht nicht unbekannt: Theil 4 Cap. 1 §§ 7 ff, insbesondere § 13.
Nach einer Entscheidung des bay. obersten Gerichtshofes[5] sind Verträge zu Gunsten Dritter nach bay. wie gemeinrechtlicher Lehre und Praxis jedenfalls dann gültig, wenn der Contrahent an der Leistung an den Dritten ein Eigeninteresse hat.

Gem. § 7 Ziff. 5 a.a.O. ist außerdem die Ratification des Dritten erforderlich.
Daß eine völlige Scheidung zwischen Stellvertretung und

---

2) Anmerkungen zu § 7 S. 531.

3) a.a.O. 4. Bd. S. 604 (1875).

4) Vgl. Th. I Cap. 6 § 3 N. 4; Th. II Cap. 6 § 6 N. 5; Th. III Cap. 1 § 5 N. 5 usw.

5) a.a.O. 9. Bd. S. 354 (1881).

Verträgen zu Gunsten Dritter jedoch im bay. Recht noch nicht ganz gelang, zeigt die Bestimmung des § 13 a.a.O.: "Kann für alle Jene, welche man von väterlicher Gewalt, Curatel, Anwaltschaft und sonst von Rechtswegen zu vertreten hat, stipulirt werden. Für andere Dritte geht solches nur soweit, als ihnen dieses nützlich sein mag und nach der Hand ratificirt oder angenommen wird."
Im ersten Satz ist von Stellvertretung, im zweiten von Verträgen zu Gunsten Dritter - "soweit als ihnen dieses nützlich sein mag" - die Rede. Die Vermengung der Begriffe konnte umso leichter geschehen, als der bay. Gesetzgeber auch im Fall der Stellvertretung noch von einem Eigencontract ausging und die Verpflichtung wie die Berechtigung des Prinzipals nur durch Gewährung von actiones utiles herbeiführte.
Wie schwankend aber die Auffassung von der Stellung des Vertreters bei Vertragsschluß in der Rechtsprechung war, zeigt die Gegenüberstellung von drei Entscheidungen des bay. obersten Gerichtshofes:
In Band 6, S. 430 ff (1877) wurde ausgesprochen, daß der Stellvertreter der eigentliche Contrahent sei, dessen Wille und Kenntnis für die Vertragsbeurteilung maßgeblich seien. Soweit er innerhalb der Vollmachtsgrenzen handle, trete er als handelndes Rechtssubjekt an die Stelle desjenigen Beteiligten, für den der Abschluß beabsichtigt sei.

In Band 11, S. 326 ff (1888) änderte der Gerichtshof seine Ansicht dahin, daß nach nunmehriger Rechtsanschauung der Stellvertreter nur Repraesentant des Vertretenen sei, während die eigentlichen Contrahenten der Auftraggeber und der Dritte seien, wie sich aus dem bay. Landrecht, Th. 4 Cap. 9 § 7 I ergebe. Für Handelsvertreter sei diese Bestimmung allerdings durch Art. 52 HGB aufgehoben.
Und in Band 15, S. 445 ff (1896) nimmt der Gerichtshof wieder den Standpunkt ein, daß der Vertretene bei Vertragsschluß gar nicht handle.

Eine Besonderheit gegenüber dem gemeinen Recht stellt die Bestimmung Th 4, Cap. 9 § 11 dar, wonach "alles nach Vollmachtswiderruf Gethane ohne Kraft ist", während nach gemeinrechtlicher Praxis der Mandant einem gutgläubigen Dritten, falls er eine Vollmachtsurkunde ausgestellt hatte, auch nach Widerruf haftet.[6)]

In einer Entscheidung nimmt der Gerichtshof Stellung zu einer der viel umstrittenen Beweislastfragen: Wird der Mandatar aus einem Vertrag, den er schloß, von dem Dritten in Anspruch genommen, so kann er sich von der Haftung befreien durch den Nachweis:

a) daß er für fremde Rechnung handelte und
b) dies dem Contrahenten mitteilte, bzw. dieser es wußte, so daß ein Handeln im fremden Namen aus den Umständen angenommen werden kann.[7)]

Zusammenfassend kann man feststellen, daß die bay. Gesetzgebung sich enger an das römische Recht hielt als die Mehrzahl der Naturrechtler, daß die Rechtsprechung dagegen allmählich modernen Lehren gegenüber aufgeschlossener wurde.
Ein Beispiel ist hierfür gerade die zitierte Entscheidung im 11. Band S. 32o ff. Hätte das entscheidende Richterkollegium sich streng an den § 7 a.a.O. gehalten, so hätte es auf Grund der dort gegebenen Konstruktion des Vertretungsverhältnisses nie zu der Annahme gelangen können, der Mandant sei in Wahrheit der eigentliche Contrahent.

---

6) Vgl. Bay. ob. Gh. Bd. 7 S. 731 ff. gegenüber Bd. 4, S. 94 ff.

7) Bd. 4 S. 6o4 ff.

II. Das preußische Landrecht und die Rechtsprechung des preußischen Obertribunals

Das am 1.6.1794 in Kraft getretene Allgemeine Landrecht, das sich außer auf das römische Recht auch auf das deutsche, insbesondere das lübische und das Magdeburger Recht, sowie auf den Sachsenspiegel stützt, kennt den Unterschied zwischen Stellvertretung und Verträgen zu Gunsten Dritter: es findet sich die gesetzliche Bestimmung in I.13, § 74 "auch Vortheile eines Dritten können Vertragsgegenstand sein" einerseits, und die Regelung in I,13, § 1 "Sachen und Rechte können auch durch Handlungen eines Dritten erworben werden", wozu gem. I, 13, § 4 in der Regel der Auftrag dessen, dem erworben werden soll, erforderlich ist, andererseits.

Das preußische Obertribunal legte den grundlegenden Unterschied mit den Sätzen dar:[8] Bei einem Vertrag zu Gunsten Dritter sei der Dritte dem Vertrag fremd. Die faktische oder juristische Mitwirkung beruhe dagegen auf dem Willen des repraesentierten Dritten, und deshalb werde ihm eine Obligation aus dem Rechtsact als unmittelbarem Contrahenten zugerechnet. Und:[9] Ein Vertrag zu Gunsten Dritter werde von den Contrahenten suo nomine geschlossen und es sei grundsätzlich der Beitritt des Dritten erforderlich. Bei der Stellvertretung aber sei der Vertretene der eigentliche Contrahent.

Stellvertretung ist möglich bei allen Privatgeschäften, die der Mandant selbst vorzunehmen berechtigt ist, gem. I, 13, § 18.

Die Stellvertretungswirkung besteht nach dem Gesetz in folgendem:

Was der Bevollmächtigte zufolge des erhaltenen Auftrages mit dem Dritten verhandelt, verpflichtet den Machtgeber ebenso, als ob die Verhandlung mit ihm selbst vollzogen,

---

8)Ob. Trib. E Bd. 12 S. 1oo ff (1846).

9)Ob. Trib. in Str. Arch. Bd. 15 S. 192 (1855).

13, § 85.
r mit einem Bevollmächtigten contrahiert, kann in der
gel Erfüllung nur vom Machtgeber verlangen, I,13, § 153,
s allerdings voraussetzt, daß dem Partner bei Vertrags-
hluß zu erkennen gegeben wurde, daß der eine Teil für
nen anderen handle.
ch[10] kommentiert dies mit den Worten: Da Stellvertretung
ute als zulässig anerkannt sei, "folgt im Verhältnis zu
itten eine Personeneinheit zwischen Bevollmächtigtem und
chtgeber, wodurch eine unmittelbare Beziehung zwischen
tzterem und dem Dritten hergestellt und der Stellvertreter
s bloßes Mittel ausgeschieden wird."
r Stellvertreter wird als der allein bei Vertragsschluß
ndelnde angesehen.[11]
polemisieren Förster-Eccius[12] gegen Unger's Definition,
ellvertretung sei juristische Mitwirkung: Von Mitwirkung
nne deshalb nicht die Rede sein, weil der Stellvertreter
r allein Handelnde sei. Es ist "der Wille des Handelnden
r Erzeugung der rechtlichen Folgen notwendig und dieser
lle muß die Richtung, den Inhalt haben, daß die Willens-
ndlung als die eines anderen gelten, daß dieser daraus
rechtigt und verpflichtet werden solle."
shalb sei auch die Person des Vertreters bei Irrtum,
ang, Bedrohung, Kenntnis usw. maßgeblich.[13] Auch das
eußische Obertribunal charakterisiert schließlich die
ellung des Stellvertreters in nachstehender Weise:[14]
as Kriterium des Vollmachtsverhältnisses muß darin ge-
nden werden, daß es sich dabei um die Vornahme von
chtsgeschäften handelt, dergestalt, daß der Repraesen-
nt, wenn auch im Auftrage, dennoch mit Selbständigkeit
d nach eigener Entscheidung dem Dritten gegenüber auf-
itt .... Wo es sich aber nicht um eine derartige

) Lehrbuch .... Bd. II S. 362.
) Preuß. Privatrecht, Bd. I S. 2o5.
) abgesehen von Ob. Trib. in Str. Arch. Bd. 15 S. 192.
) a.a.O. S. 425.
) Ob. Trib. in Str. Arch., Bd. 87 S. 367 (1873).

Repraesentation handelt, wo insbesondere der Mittelsmann nur als Organ, als Werkzeug sich darstellt, dessen sich eine Person zur Kundgebung ihres Willens bedient, da ist ein Vollmachtsverhältnis i. S. der §§ 5 ff. a.a.O. nicht vorhanden."
Bote und Stellvertreter sind damit klar voneinander geschieden.

Die Beweislast für die Behauptung, im fremden Namen contrahiert zu haben, trägt der verklagte Stellvertreter; es handelt sich dabei um eine Einrede.[15)]

Eine Besonderheit des preußischen Rechts bestand darin, daß der Dritte gem. I,13, § 8, auch wenn der Vertreter auftragsgemäß mit ihm im fremden Namen contrahiert hatte, gegen den Machtgeber nur klagen konnte, wenn der Bevollmächtigte durch einen schriftlichen Auftrag legitimiert gewesen war, ohne daß andererseits für die Gültigkeit eines Auftrages stets die Einhaltung der Schriftform Voraussetzung gewesen wäre; vgl. I, 13, § 7.
Konnte der Dritte mangels schriftlicher Vollmacht nicht gegen den Machtgeber vorgehen, so konnte er von dem Mandatar Schadloshaltung oder Abtretung der Rechte gegen den Mandanten verlangen, I, 13, § 9. Allerdings nur, bis der Mandant den Vertrag genehmigte. Dann konnte wieder nur noch dieser belangt werden[16)], denn § 9 gab die Möglichkeit der Schadloshaltung nur für den Fall, daß von dem Machtgeber die Erfüllung nicht gem. I, 13, § 8 verlangt werden könne.

Umgekehrt jedoch konnte der Machtgeber stets gegen den anderen Vertragspartner klagen, wenn sein Bevollmächtigter nur auf Grund eines gültigen Auftrages in seinem Namen gehandelt hatte, I, 13, § 1o. Es war deshalb ein Risiko, mit einem Mandatar zu contrahieren, ohne die Vorlage einer schriftlichen Vollmacht zu verlangen.

---

15) Ob. Trib. in Str. Arch. Bd. 22 S. 194 (1852).

Ein wesentliches Kriterium direkter Stellvertretung wurde in der Rechtsprechung des Obertribunals zeitweise aufgegeben: das Handeln in erklärter und tatsächlich gegebener Vertretungsabsicht.
So vertrat das Obertribunal in einer seiner Entscheidungen[17] den Standpunkt, wer einen Auftrag annehme, trete, solange das Vollmachtsverhältnis fortbestehe, ganz an die Stelle des Machtgebers. Alles, was er in Bezug auf diesen tue, sei es im fremden oder eigenen Namen, geschehe zu dessen Besten. Es sei ein Widerspruch in sich selbst anzunehmen, daß der Bevollmächtigte, der sich zu einem Handeln für den Prinzipal verpflichtet habe, und somit für ihn handeln könne (!), dennoch die Absicht habe, für sich selbst zu handeln. Deshalb sei auch bei einem Abschluß im eigenen Namen Vertretungsabsicht anzunehmen. Die Argumentation des Obertribunals ist keineswegs zwingend, denn es ist durchaus nicht selten, daß jemand, der sich bereit erklärte, für einen anderen mit unmittelbarer Wirkung in dessen Person ein Rechtsgeschäft auszuführen, dies später, etwa weil ihn die Gelegenheit besonders günstig dünkt, doch als Eigengeschäft ausführen möchte und demgemäß ausführt. Auch erinnert die Konstruktion etwas an die des notwendigen Erwerbs des dominus durch den römischen Sklaven. Der Auftragsexistenz wird gegenüber dem erklärten Willen des Beauftragten zu große Bedeutung beigemessen, und er dadurch einem notwendigen Erwerbsinstrument des Mandanten etwas angenähert.

Noch in einem anderen Punkte zeigt sich die Auswirkung der neuen Auffassung. Die §§ 62, 63, I, 13 ALR gaben Anlaß zu einer recht widersprüchlichen Rechtsprechung. In ihnen ist bestimmt, daß alle Vorteile dem Machtgeber zustatten kommen und daß der Mandatar nicht ohne Einwilligung des Machtgebers zu eigener Vorteilsverschaffung verwenden darf.

---

17) Ob. Trib. E. Bd. 9 S. 229 (1844).

Aus diesen Bestimmungen folgerte das Obertribunal,[18] daß bei einem Geschäftsabschluß sowie daran anschliessender Eigentumsübertragung, die der Mandatar im eigenen Namen auf sich vornehmen lasse, falls zuvor zu einem derartigen Geschäft Auftrag gegeben worden sei, der Mandant unmittelbar Eigentümer werde, so daß es gleichgültig sei, ob im eigenen oder fremden Namen von dem Mandatar gehandelt worden sei. Dies könne nur Bedeutung für die Frage haben, an wen der Dritte sich halten könne. "Die Person des Bevollmächtigten identificirt sich gleichsam mit der des Machtgebers und alles, was Ersterer bei Ausrichtung des Auftrages erwirbt, kommt dem Letzteren zu Gute."
Auch hier wird die unmittelbare Stellvertretungswirkung, der Erwerb des dominus, lediglich aus der Auftragsexistenz hergeleitet. Daß der Stellvertreter von der ihm erteilten Legitimation, von der auch das ALR, wenn auch im Rahmen des Auftrages, spricht, bei Geschäftsabschluß Gebrauch gemacht haben muß, damit die Wirkungen unmittelbar in der Person des Vertretenen eintreten können, wird dabei übersehen.
In späteren Entscheidungen ging das Obertribunal auch wieder insoweit von seiner Meinung ab, als es erklärte, daß der Mandant, falls der Mandatar im eigenen Namen contrahiert habe, nur ein persönliches Recht auf Eigentumsübertragung[19] bzw. Zession[20] erlange. Die §§ 62, 63 a.a.O. könnten nur ein Recht zur Sache geben, nicht aber den Erwerb derselben bewirken.
So ist die Trennung zwischen dem Innenverhältnis von Mandant und Mandatar und dem Außenverhältnis von Vertretenem und Geschäftspartner wieder durchgeführt.

---

18) Ob. Trib. E. Bd. 7 S. 368 (1842).

19) Ob. Trib. E. Bd. 17 S. 19 ff (1847).

20) Ob. Trib. E. Bd. 69 S. 226 ff (1873) und
Ob. Trib. in Str. Arch. Bd. 15 S. 192 ff (1855).

Eine von der Rechtsprechung geschaffene bzw. anerkannte Erscheinung des Rechtsverkehrs zeigt ein eigenartiges Ineinandergreifen von Stellvertretung und Vertrag zu Gunsten Dritter.

Es handelt sich dabei um Gutsüberlassungsverträge, durch die der Vater einem Sohn den Hof unter Ausbedingung von Abfindungen für die übrigen Kinder zu übertragen pflegte. Um zu dem Ergebnis gelangen zu können, daß die übrigen Kinder ohne den sonst für erforderlich gehaltenen Beitritt aus dieser zu ihren Gunsten getroffenen Vereinbarung ein klagbares Recht erlangt hätten, ging das Obertribunal von der Annahme aus, daß die abwesenden Kinder bei solchen Verträgen von ihren Eltern gem. § 87, I, 5 und § 119, I,13, vertreten würden.

Nach § 119,I,13 haben die Eltern eine vermutete Vollmacht für dringende Geschäfte, und gem. § 87,I,5 berechtigt eine vermutete Vollmacht zur Annahme eines Vertrages im fremden Namen.

Der Annahmewille der Eltern bezüglich der Abfindungsversprechen des Sohnes ergibt sich nach Meinung des Obertribunals aus der Natur der Sache, so daß den Kindern in diesen Fällen kraft vermuteter Vertretung ein fehlender Beitritt nicht entgegengesetzt werden könne.[21)]

Der Vater handelt nunmehr als Hauptpartei und als Stellvertreter. Dadurch, daß er als Bevollmächtigter handelt, werden seine Rechte als Hauptpartei nicht eingeschränkt, so daß er nach der Rechtsprechung des Obertribunals vor einem Beitritt der Kinder deren Rechte, - die er als Hauptpartei mit seinem Sohn zu Gunsten seiner anderen Kinder vereinbarte -, wieder aufheben kann, wenn er auch das Leistungsversprechen des Sohnes als Stellvertreter im Namen der anderen Kinder acceptierte.[22)]

---

21) Ob. Trib. E. Bd. 12 S. 15o ff (1846); vgl. auch Bd. 72 S. 12 ff (1874).

22) Ob. Trib. in Str. Arch. Bd. 25 S. 127 ff (1858).

Im Ganzen gesehen zeigt sich, daß das ALR und die zu ihm ergangene Rechtsprechung von einem modernen Stellvertretungsbegriff ausgingen als der Codex Maximilianeus bavaricus civilis, denn der Stellvertreter wurde im preußischen Recht nicht mehr als Durchgangsstation für Erwerb und Verpflichtung des Prinzipals angesehen.

III. Der code Napoléon

Der 1804 in Frankreich in Kraft getretene code civil, später auch code Napoléon genannt, wurde in Baden im Jahre 1810 in einer deutschen Übersetzung als badisches Landrecht eingeführt, das gemeines Recht und Particulargesetze aufhob.

Der 13. Titel des 3. Buches handelt von dem Auftragsvertrag. Eigentümlicherweise ist nur die Stellvertretung im Verpflichtungsgeschäft gesetzlich geregelt, während die Vertretung im Erwerbsgeschäft unerwähnt bleibt.

In der Literatur wird der unmittelbare Erwerb des Mandanten ebenfalls lediglich aus den Bestimmungen gefolgert, die eine unmittelbare Verpflichtung des Machtgebers aus den Geschäften eines Stellvertreters

festlegen.[23]

Handelt der Mandatar ohne Vollmacht oder in Überschreitung der ihm erteilten Vollmacht, so wird der Mandant nur verpflichtet, wenn er ratihabiert.[24]

Der Mandatar aber haftet für seine Vollmachtsüberschreitung dann nicht, wenn er dem Dritten eine hinreichende Kenntnis von dem tatsächlichen Umfang seiner Ermächtigung gegeben hatte, da dieser nun auf eigene Gefahr handelte, es sei denn, der Vertreter hätte die Garantie für die nachfolgende

---

23) art. 1984 "Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom."

Art. 1998 "Le mandant est tenu d'éxécuter les contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné."

Crome, a.a.O. S. 693: "Ein Vertrag, welchen ein Bevollmächtigter im Namen seines Machtgebers und mit Beobachtung der Grenzen seiner Vollmacht eingegangen ist, begründet zwischen dem Machtgeber und der anderen Vertragspartei ganz dieselben Rechte und Verbindlichkeiten, als ob er von dem Machtgeber in Person eingegangen worden wäre, art. 1998 I."

nach Brauer, a.a.O. S. 699 bedeutet die Auftragserfüllung, daß auf Geheiß des Mandanten und an seiner Statt mit der Kraft, als ob er es selbst getan hätte, ein Geschäft verrichtet wird.

Und Planiol, a.a.O. S. 719 erklärt: .... "il conviendrait de dire que le mandant charge le mandataire d'agir en son lieu et place", und ergänzt dies auf S. 726: "L' éxécution du mandat oblige le mandant directement envers les tiers, comme s'il avait traité lui-meme, sans employer d'intermédiare. C'est l'effet de la représentation dans les actes juridiques."

24) art. 1998 II "Il n'est pas tenu de ce qui a pu être fait audelà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement."

Genehmigung übernommen.[25]

Geregelt ist auch der Gutglaubensschutz Dritter. Ist ein Mandatswiderruf nur dem Mandatar bekannt, so ist der dennoch im fremden Namen mit einem gutgläubigen Dritten geschlossene Vertrag gültig und der Mandant zur Erfüllung verpflichtet; er kann sich seinerseits wieder an dem Mandatar schadlos halten.[26]
Beruht das Erlöschen des Auftrages auf anderen Gründen als einem Widerruf, so sind Rechtsgeschäfte eines unwissenden Vertreters gültig und sind gegenüber gutgläubigen Dritten zu erfüllen.[27]

Was die Auffassung vom Wesen der freien Stellvertretung anlangt, so verlief die Entwicklung in Frankreich weit weniger stürmisch und widerspruchsvoll als in Deutschland.

Lange Zeit ging man davon aus, daß dank einer Fiktion, wonach der Vertretene so anzusehen sei, als habe er persönlich den Vertrag geschlossen, die Geschäftswirkungen unmittelbar in seiner Person eintreten könnten.

Neuerdings wird die Annahme einer derartigen Fiktion abgelehnt und lediglich davon ausgegangen, daß die Anerkennung der direkten Stellvertretung es mit sich bringe,

---

25) art. 1997 "Le mandataire qui a donné à la partie avec laquelle il contracte en cette qualité, une suffisante connaissance de ses pouvoirs, n'est tenu d'aucune garantie pour ce qui a été fait audelà, s'il ne s'y est personellement soumis."

26) art. 2oo5 "La révocation notifée au seul mandataire ne peut être opposée aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de cette révocation, sauf au mandant son recours contre le mandataire."

27) art. 2oo8 "Si le mandataire ignore la mort du mandant ou l'une des autres causes qui font cesser le mandat, ce qu'il fait dans cette ignorance est valide."

art. 2oo9 "Dans le cas ci-dessus les engagements du mandataire sont exécutés à l'égard des tiers, qui sont de bonne foi."

daß der Vertretene unmittelbar Gläubiger und Schuldner werde.[28)]

IV. Das ABGB für die gesamten Erbländer der österreichischen Monarchie und die Rechtsprechung des k. k. obersten Gerichtshofes

Auch dieses Gesetzbuch steht zwar auf dem Boden des römischen Rechts, berücksichtigt daneben aber auch das deutsche Recht; es hob das gemeine Recht und die Particulargesetzgebung auf.

§ 1017 bestimmt: Insofern der Gewalthaber nach dem Inhalt der Vollmacht den Gewaltgeber vorstellt, kann er ihm Rechte erwerben und Verpflichtungen auferlegen. Hat er

---

28) Colin-Capitant-de la Morandière, a.a.O. S. 99/100, Ziff. 162: "L'analyse de cette institution (de la représentation) qui a donné lieu en Allemagne à de longues discussions qui n'ont eu qu'un faible écho chez nous. La doctrine traditionellement admise en France a été longtemps la suivante.
La représentation est une fiction, en vertu de laquelle le représenté est censé manifester sa volonté par l'intermédiaire du représentant; le représentant n'est en quelque sorte, que le véhicule de la volonté du représenté: qui mandat, ipse fecisse videtur.
Cette explication a soulevé des critiques....
Il vaut mieux reconnaître tout simplement, que, dans l'état actuel du Droit, par exception aux règles classiques, un acte juridique peut produire ses effets sur la tête d'une autre personne que celle qui l'a accompli. Ainsi, l'acte fait par un représentant présente un double aspect:
D'une part, c'est le représentant qui fait l'acte; de l'autre, les effets de cet acte se produisent sur la tête du représenté.
1. Il faut donc qu'il (le représentant) soit capable de vouloir.... il n'est besoin qu'il soit capable de s'obliger.
2... Que si les conditions de capacité sont nécessaires pour la validité de l'opération, c'est dans la personne du représenté que ces conditions devront exister."

innerhalb der Grenzen der offenen Vollmacht mit einem Dritten einen Vertrag geschlossen, so kommen die dadurch begründeten Rechte und Verbindlichkeiten dem Gewaltgeber und dem Dritten, nicht aber dem Gewalthaber zu. Vorausgesetzt wird, daß der Gewalthaber im Namen des Gewaltgebers contrahiert hat.
Allerdings entschied der k.k. oberste Gerichtshof im Jahre 1875, daß im Falle, wo der eine Contrahent sich dem anderen nicht sogleich bei Geschäftsabschluß als Mandatar eines Dritten zu erkennen gegeben habe, auch die nachträgliche Mitteilung die Wirkungen des § 1o17 auszulösen vermöge, zumal wenn der andere nicht behaupte, nur wegen der Person des Mandatars contrahiert zu haben. Die Klageberechtigung suo nomine müsse der Mandant jedenfalls stets haben, da der Mandatar ihm gegenüber jederzeit zessionsberechtigt sei. Die unterlassene Mitteilung könne schlimmstenfalls die Wirkung haben, daß der Mandatar persönlich hafte, da eine geheime Vollmacht die Rechte des anderen nicht beeinflussen könne.[29)]
Damit wurde, zumindest für den Erwerb, der Unterschied zwischen Stellvertretung und Commissionsgeschäften, der in einer Entscheidung aus dem Jahre 1871 herausgearbeitet worden war, wieder verwischt. Dort[3o)] hatte der k.k. oberste Gerichtshof aus der Tatsache, daß der Commissionär zwar für den Committenten, aber im eigenen Namen den Vertrag schließe, den folgerichtigen Schluß gezogen, daß Rechte und Pflichten nur zwischen dem Commissionär und seinem Vertragspartner entstünden.
Noch eine weitere Unterscheidung hatte der Gerichtshof in der genannten Entscheidung getroffen, wenn er ausführte, daraus, daß ein Kauf aufgetragen sei, folge noch nicht, daß auch die Ermächtigung erteilt sei, den Kauf im fremden Namen abzuschließen. Der Auftrag begründe nur eine Commission. Er erachtete damit für echte Stellvertretung neben

---

29) Bd. 13 S. 117 ff. Nr. 5674; vgl. dazu Ob. Trib. E. Bd. 7 S. 368.

3o) Bd. 9 S. 156 ff. Nr. 4143.

dem Auftrag noch eine besondere Ermächtigung für erforderlich, die allerdings noch nicht, wie unsere heutige Vollmacht, als ein gesondertes Institut aufgefaßt, sondern noch mit dem Auftrag vermengt wurde.

1878 gab der k.k. oberste Gerichtshof seine in der Entscheidung von 1875 vertretene Meinung wieder auf und vertrat nunmehr die Ansicht[31], daß § 1017 nur bei einer offenen Vollmacht zur Anwendung komme, d.h. bei einem erklärten Contrahieren als Mandatar eines anderen, und daß der Mandant, der gegen den Dritten auf Erfüllung klage, den Vertragsschluß in seinem Namen behaupten müsse.[32] Wird dagegen der Mandatar von dem anderen Vertragspartner in Anspruch genommen, so muß er beweisen, daß er im fremden Namen contrahierte, um einer Verurteilung zu entgehen.[33]

Als Konsequenz der Stellvertretung wurde es angesehen, daß Irrtum und mala fides des Vertreters den Mandanten treffen, als sei es sein eigener Irrtum und seine eigene mala fides.[34]

---

31) Bd. 16 S. 278 ff. Nr. 7007; vgl. Ob. Trib. E. Bd. 17 S.19.

32) In der Lehre wurde der Begriff der Stellvertretung verschiedenartig aufgefaßt:
Unger a.a.O. 2. Bd. S. 133: "Vornahme einer juristischen Handlung anstatt eines anderen in der Absicht und mit der Wirkung, daß diese Handlung als Handlung der vertretenen Person gilt, ist Stellvertretung." S. 138 "Erforderlich ist, daß der Stellvertreter im Namen des Vertretenen handelt."

Krainz, a.a.O. 2. Bd. S. 252/253 erachtet es dagegen als wesentliches Merkmal des Auftrages, daß das Geschäft im Namen des Auftraggebers, d.i. in dessen Stellvertretung zur Besorgung übernommen werde, erklärt es aber nicht für wesentlich, daß das Geschäft auch im Verhältnis zu Dritten im Namen des Auftraggebers besorgt werde; der Commissionär ist ihm gleichfalls Stellvertreter; die Stellvertretung tritt nur eben im Verhältnis zu Dritten nicht hervor.
Unger, a.a.O. S. 135/136 Nr. 8 klammert den Commissionär aus der Stellvertretungslehre aus.

33) Bd. 3 S. 301 Nr. 1295 (1861).

34) Bd. 16 S. 489 Nr. 7175 (1878); Bd. 28 S. 183 Nr. 13188 (1890); Bd. 29 S. 66 Nr. 14013 (1891).

Daraus wird ersichtlich, daß der österreichische Gesetzgeber den Stellvertreter als den bei Vertragsschluß Handelnden ansah.

Bei Verträgen, durch die der Vater einem Sohn sein Vermögen überließ mit der Abmachung, die übrigen unmündigen Geschwister abzufinden, nahm die österreichische Rechtsprechung den gleichen Standpunkt ein wie die preußische für die Gutsüberlassungsverträge: Der Vater kann in seiner doppelten Eigenschaft als Geschenkgeber und Vertreter seiner am Vertrag nicht beteiligten Kinder den Auftrag zur Abfindung erteilen und das Versprechen des übernehmenden Sohnes, er wolle seine Geschwister abfinden, acceptieren.[35)]

Zu erörtern bleiben noch die Fälle, in denen eine Vollmacht überhaupt nicht oder nicht mehr bestand, als der Vertreter handelte.
Gem. § 1035 darf sich in der Regel niemand in fremde Angelegenheiten mischen, wenn er nicht die Befugnis dazu hat. Das bedeutet, daß man nicht falsus procurator sein soll. Wer sich eine Bevollmächtigtenstellung dennoch anmaßt, haftet gem. § 1035, und der k.k. oberste Gerichtshof entnahm aus der Wendung: "Ist für alle Fragen verantwortlich", daß der falsus procurator dem Vertragspartner hafte, wie der angebliche Mandant gehaftet hätte.[36)] Die Beweislast für die Vollmachtsanmaßung wurde dem Kläger auferlegt. Ist eine einmal erteilte Vollmacht erloschen, so sind Geschäfte, die mit gutgläubigen Dritten abgeschlossen werden, gültig, § 1026.

So zeigt es sich, daß auch das österreichische ABGB auf dem Boden einer sehr fortschrittlichen Vertretungslehre steht.

---

35) Bd. 9 S. 386 Nr. 4313 (1817).
36) Bd. 34 S. 219 Nr. 15773 (1896).

V. Das sächsische Gesetzbuch von 1865 und die Rechtsprechung des königlich sächsischen Oberappellationsgerichtshofes

Als letzte landesrechtliche Kodifikation trat das sächsische Gesetzbuch in Kraft, das auf der gemeinrechtlichen Wissenschaft seiner Zeit und dem älteren sächsischen Recht beruht und ebenfalls das gemeine Recht und die Particulargesetze aufhob.
Gem. § 788 gelten "Willenserklärungen eines Stellvertreters, welcher sich als solcher zu erkennen gegeben hat, sofern er innerhalb der Grenzen seiner Befugnisse handelte, so, als ob sie von dem Vertretenen abgegeben worden wären. Ebenso gelten Willenserklärungen, die von anderen dem Stellvertreter als solchem gegenüber abgegeben worden sind, so, als ob sie dem Vertretenen gegenüber abgegeben worden wären. Aus Verträgen, welche durch solche Willenserklärungen geschlossen werden, entstehen unmittelbare Forderungen zwischen dem Vertretenen und demjenigen, mit welchem der Stellvertreter den Vertrag geschlossen hat. Form und Inhalt des von dem Stellvertreter geschlossenen Vertrages sind nach der Person des Vertretenen zu beurtheilen."
Andererseits ist nur der Irrtum des Stellvertreters maßgeblich, es sei denn, er wäre von einem Vertretenen, dem die Beschaffenheit der Sache bekannt war, zu dem Vertragsschluß beauftragt worden, § 846. Der Geschäftspartner muß Kenntnis von der tatsächlich gegebenen Vertreterstellung des anderen Contrahenten haben, wobei die Kenntnis, daß der andere das Geschäft nicht für sich, sondern für einen Hintermann schließe, nicht für ausreichend erachtet wird; vielmehr müssen beide einig sein, daß der Vertretene, nicht der Vertreter, Vertragspartner werde; sonst liegt ein Commissionsgeschäft vor.[37)]
Neben der Kundgabe, man handle als Mandatar, ist deshalb die Kundgabe nötig, man handle als Stellvertreter.[38)]

---

37) OAG Dresden in Seuff. Arch. Bd. 13 Nr. 313 (1860).
38) Annalen, Bd. 7 a.F. S. 61 ff. und Bd. 4 n. F. S. 131.

Ist die Kenntnis des Vertragspartners in der genannten Art gegeben, so wird der Mandant vermöge rechtlicher Fiktion als der Contrahent betrachtet.[39] Eine nachträgliche Kenntnis ist nicht ausreichend. Hier kann der Mangel nur noch durch Zession geheilt werden, soweit es sich um Erwerbsgeschäfte handelt.[4o] Denn gem. §79o tritt bei einem im eigenen Namen für den Mandanten abgeschlossenen Geschäft eine Vertragsbindung nur zwischen dem Mandatar und dem anderen Contrahenten ein; ein Eintritt des Mandanten ist nur über Schuldübernahme und Zession möglich.
Allerdings wird davon ausgegangen, daß ein Eigengeschäft des Mandatars nur dann vorliege, wenn der Vertretungswille dem Geschäftspartner auch nicht anderweitig bekannt wurde[41], denn die ausdrückliche Erklärung, man handle als Stellvertreter, wird für entbehrlich erachtet, wenn nach den Verhältnissen des Falles die Contrahenten wußten oder wissen mußten, daß das Geschäft im Namen eines Dritten geschlossen werde.[42]

Damit ist anerkannt, daß der Begriff "Contrahieren im fremden Namen" nicht wortwörtlich zu nehmen ist, sondern so zu verstehen ist, daß die Vertragspartner eines stellvertretungsweise geschlossenen Contracts übereinstimmend davon ausgehen müssen, daß ein Dritter, der von dem einen Contrahenten vertreten werde, an dessen Stelle der unmittelbar Berechtigte und Verpflichtete werden solle. Doch blieb das OAG dieser Ansicht selbst nicht immer treu. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1871 behauptete es, daß demjenigen, der mit einem Mandatar contrahierte, der seinen Auftrag verschwieg, aber gemäß diesem Auftrag handelte, die Wahl offen stünde, ob er den Mandatar oder

---

39) OAG Dresden in Seuff. Arch. Bd. 15 Nr. 111 (1861).

4o) Annalen, Bd. 7 a. F. S. 61 (1864) und Bd. 4 n. F. S. 131 (1868).

41) Annalen, Bd. 5 n.F. S. 221 (1869).

42) Annalen, Bd. 1 n.F. S. 281 (1866); Bd. 1o n.F. S. 476 (1873).

den Mandanten belangen wolle.[43] Das Gericht begründete die Entscheidung damit, daß der Vertretene, sofern der Vertrag nur auftragsgemäß sei, kein Interesse daran haben könne, ob sein Stellvertreter den Vertrag im eigenen oder im fremden Namen geschlossen habe. Deshalb bestünde dann, wenn der Stellvertreter sich selbst gegenüber dem anderen Contrahenten verpflichte, eine cumulative Haftung.

Das OAG ging sogar noch einen Schritt weiter und behauptete, daß im Falle, wo ein Auftrag zum Handeln im eigenen Namen gegeben wurde, in der Nichtbeachtung dieses Gebotes, d.h. im Handeln im fremden Namen, keine Auftragsüberschreitung liege, so daß der Mandant verpflichtet werde. Ein derartiges Gebot sei zumindest dann unwirksam, wenn nicht ein bestimmtes Interesse des Mandanten an der Einhaltung einer vorgeschriebenen Form dargetan sei.[44]

Aus der Sicht der heutigen Stellvertretungslehre liegt in dieser Anschauung eine grundlegende Verkennung des Wesens direkter Stellvertretung, die um der unmittelbaren berechtigenden und verpflichtenden Wirkungen aus fremdem rechtsgeschäftlichem Handeln willen die Ermächtigung des Betroffenen zu einem derartigen Handeln verlangt, während diese für den Eigencontract eines Commissionärs nicht erforderlich ist, weil hier keine unmittelbaren Vertragswirkungen in der Person des Committenten eintreten.

Es zeigt sich hier wieder, daß es verhängnisvoll war, den römischen Mandatsbegriff, der eine Vollmacht im modernen Sinn ausschloß, in die neue Stellvertretungslehre zu übernehmen.
Als Stellvertreter i.S. des §.788 gilt nicht nur ein Beauftragter, sondern auch ein auftragsloser Geschäftsführer, sofern er zu erkennen gab, daß er nicht eigene, sondern fremde Geschäfte führe.[45] Hier ist damit wieder

---

43) Annalen, Bd. 8 n.F. S. 54o und 544 (1871).

44) Annalen, Bd. 8 n.F. S. 54o (1871).

45) Annalen, Bd. 3 2.F. S. 25o (1876) und Seuff. Arch.Bd. 15 Nr. 223 (1862).

auf ein Handeln im fremden Namen abgestellt.
Bis zu einer Genehmigung des Vertretenen sind Stellvertreter und Gegencontrahent gebunden, sie können den Vertrag nicht rückgängig machen; das Geschäft befindet sich in der Schwebe, seine Wirkungen sind suspendiert und mit Hinzutritt der Genehmigung erlangt es unbedingte Wirksamkeit.[46] Es müssen also vor der Genehmigung bereits alle sonstigen Erfordernisse der Geschäftsgültigkeit erfüllt sein.

Auch zu Fragen der Beweislast nahm das OAG wiederholt Stellung. Nachdem es anfangs, ebenso wie das preußische Obertribunal und der österreichische k.k. oberste Gerichtshof die Behauptung des Beklagten, er habe im fremden Namen contrahiert, als Einrede gewertet hatte, entschied es später[47] unter ausdrücklichem Abweichen von seiner früheren Rechtsprechung, es handle sich um ein motiviertes Leugnen, so daß nunmehr dem Kläger die Beweislast auferlegt wurde.
Der Kläger hatte die Beweislast auch dann, wenn der Beklagte bestritt, unter Überschreitung seiner Vollmacht gehandelt zu haben.[48]

In den Fällen, in denen der Stellvertreter keine Vollmacht hatte, bzw. die vorhandene Vollmacht überschritt, haftete er dem Mitcontrahenten nach dessen Wahl auf Schadensersatz oder so, wie wenn er einen Eigencontract mit ihm geschlossen hätte, gem. § 789.

Soweit der Bevollmächtigte die Mittel zur Befriedigung des anderen in Händen hatte, konnte er nach säschischem Recht, § 1318, auch aus einem auftragsgemäßen, im Namen des Mandanten geschlossenen Vertrag belangt werden. Er haftete dann nicht de suo, sed de alieno, wie es schon

---

46) wie Anm. 45)

47) Annalen, Bd. 4 n.F. S. 356 (1868); Bd. 1 2.F. S. 279 (1874).

48) Annalen, Bd. 21 n.F. S. 519 (1876).

im gemeinen Recht angenommen worden war.[49]
War der Auftrag erloschen, so waren Verträge mit unwissenden Dritten dennoch gültig gem. § 1326, falls auch der Stellvertreter in Unkenntnis gehandelt hatte. Kannte dieser dagegen das Erlöschen seiner Vertretungsbefugnis, so erwarb der gutgläubige Contrahent nur Rechte, wenn ein öffentlich gemachter Auftrag nicht öffentlich widerrufen, eine Vollmachtsurkunde nicht zurückgenommen oder dem Dritten, dem die Erteilung der Vollmacht mitgeteilt worden war, von ihrem Erlöschen keine Anzeige gemacht worden war, § 1327.

Im Vergleich mit den anderen landesrechtlichen Kodifikationen fällt im sächsischen Gesetzbuch besonders auf, daß man stärker als früher bemüht war, die Vertretungslehre in allen Feinheiten gesetzlich zu regeln; so enthält, um nur ein Beispiel anzuführen, § 788 eine genaue Formulierung der aktiven wie passiven Vertretung bei Abgabe von Willenserklärung, die sich in dieser Genauigkeit in den früheren Gesetzbüchern noch nicht findet.

---

49) Seuff, Arch. Bd. 5 Nr. 279 (1849).

VI. Die Rechtsprechung der übrigen obersten Gerichte der deutschen Staaten auf dem Gebiet der Stellvertretung

Auch in der Rechtsprechung anderer deutscher Staaten wurde das Institut der direkten Stellvertretung ausnahmslos anerkannt:
Wie das OAG Dresden ging auch der Oberappellationsgerichtshof Darmstadt davon aus, daß die unmittelbaren Vertretungswirkungen auf der Fiktion beruhen, der Vertretene habe den Vertrag persönlich geschlossen.[5o)] Den Mandatar, der als solcher contrahiert hat, erklärte es als nicht belangbar, falls das Geschäft mandatsgemäß sei.[51)] Nur der Vertretene wurde als der allein Berechtigte und Verpflichtete angesehen.[52)] Voraussetzung dieser Annahme war aber, daß die Vertreterstellung kundgegeben worden war.[5o)]

Das Obertribunal Stuttgart dagegen hielt den Vertretenen für den wahren Contrahenten[53)] und entwickelte folgerichtig aus dieser Grundanschauung den weiteren Schluß, daß es bei einer vollmachtslosen negotiorum gestio bis zur Erteilung der Genehmigung an dem erforderlichen Parteiconsense fehle.[54)]

Das OAG Kassel hob die Parteiabsicht, daß der Vertretene betroffen werden solle, als entscheidendes Moment für den Eintritt der unmittelbaren Wirkungen hervor.[55)]

Für das OLG Hamburg blieb auch derjenige Contrahent, der im fremden Namen contrahierte, auch wenn er von den Vertragswirkungen nicht betroffen wurde; die Haftung des falsus procurator begründete es deshalb aus der Zusicherung, die Vertretungsbefugnis bestehe, die seiner Ansicht nach

---

5o) Seuff. Arch. Bd. 11 Nr. 149 (1856).
51) " " Bd. 17 Nr. 24o (1864).
52) " " Bd. 23 Nr. 126 (1871).
53) " " Bd. 13 Nr. 93 (186o).
54) " " Bd. 7 Nr. 273 (1854).
55) " " Bd. 19 Nr. 83 (1865).

in jedem Abschluß im fremden Namen lag.[56]

Das OAG Rostock stellte in einer Entscheidung[57] heraus, daß der in Art. 52 HGB niedergelegte Grundsatz, daß durch Rechtsgeschäfte, die vollmachtsgemäß im Namen des Prinzipals abgeschlossen worden seien, dieser dem Dritten gegenüber allein berechtigt und verpflichtet werde, in Wahrheit nur die Anwendung und Bestätigung des gewohnheitsrechtlich in der Praxis des gemeinen Rechts längst feststehenden Satzes gleichen Inhalts sei.

Und auch das Oberappellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands hielt daran fest, daß aus einem vollmachtsgemäßen, im fremden Namen geschlossenen Geschäft der Mandant berechtigt und verpflichtet werde, da die römischen Grundsätze ihre Geltung verloren hätten.[58]

---

56) Seuff. Arch. Bd. 5o Nr. 83 (1893).

57) Entscheidungssammlung Bd. 7 S. 12o ff (1871).

58) Ausgew. Entsch.grde. des OAG der 4 freien Städte Nr. 13 S. 16.

7. K a p i t e l

Die wissenschaftliche Behandlung der Stellvertretungslehre in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts unter dem Einfluß des Corpus Juris Justinians

In die Gesetzgebungen und die Rechtsprechung jener Zeit hatte die unmittelbare Stellvertretung Eingang gefunden, in der Lehre dagegen, unter stärkerer Anlehnung an das römische Recht, begann man zum Teil wieder die Zulässigkeit direkter Vertretung zu leugnen.
Es waren dies die Anhänger der historischen Schule; sie gingen aus von der Erkenntnis, daß alles Recht nicht unmotivierte Schöpfung des Augenblicks sei, sondern das Ergebnis langer Entwicklung. Aus dieser Erkenntnis hatten sie sich wieder dem Studium des reinen römischen Rechts zugewandt, wie es uns im Corpus juris Justinians überliefert ist. Doch wurde ihnen dieses Recht allmählich zur ratio scripta, die unveränderlich für alle Zeiten gelte und von der nicht abgewichen werden dürfe, wolle man nicht an der Logik des Rechts überhaupt rütteln.[1)]

Das mußte zur Folge haben, daß den römischen Rechtsgrundsätzen der unbedingte Vorrang vor einem ihnen entgegenstehenden einheimischen Gewohnheitsrecht eingeräumt wurde, ohne Rücksicht auf die Entwicklung in Rechtsprechung und Gesetzgebung und in Verkennung der Tatsache, daß die meisten römischen Rechtssätze, wie die Regeln eines jeden Rechts, bedingt waren durch die besonderen Verhältnisse der damaligen Lebensgemeinschaft, in der sie Geltung erlangten, darauf abgestimmt, die dortigen Bedürfnisse zu befriedigen.

---

1) Vgl. Enneccerus, a.a.O., S. 43/44; Boehmer, Grundlagen, II, S. 71/72.

I. Die sog. Zessionstheorie

Mühlenbruch, dem das Verdienst gebührt, als erster wieder eine reine quellenmäßige Darstellung des römischen Rechts gegeben zu haben, war es auch [2], der eine Theorie aufstellte, die auf eine Verneinung der direkten Stellvertretung und ihrer Zulässigkeit im damaligen Recht hinauslief.

Er anerkennt zwar, weitergehend als das römische Recht, daß ein Vertrag nunmehr gültig auf den Namen des Prinzipals gestellt werden könne. Der Grund und die Bedeutung des Rechtsverhältnisses aber, das der Stellvertreter in dieser Weise eingeht, sind seiner Ansicht nach auch zu seiner Zeit noch aus der Person des Stellvertreters zu erklären, da dieser, im Gegensatz zum Boten, das Geschäft selbst abschließt, den Geschäftsabschluß statt des Prinzipals besorgt. Deshalb entstünden auch die Vertragsrechte und -pflichten zunächst in der Person des Stellvertreters, mag dieser nun im eigenen oder im fremden Namen gehandelt haben.[3]

Falls der Prinzipal aus einem bestehenden Auftragsverhältnis heraus die Zession der von dem Vertreter erworbenen Rechte verlangen könnte, steht ihm nach Auffassung Mühlenbruch's auch ohne tatsächlich erfolgte Zession die Klage gegen den anderen Contrahenten als actio utilis zu, als aus der Person des Vertreters abgeleitete Klage.[4] Ausnahmen von dem Prinzip, daß die vertraglichen Rechte in der Person des Vertreters entstehen müssen, anerkennt Mühlenbruch nur insoweit, als sie bereits im römischen Recht vorhanden waren, z.B. beim Besitzerwerb.[5]

---

2) Vgl. Buchka, a.a.O., S. 178/179.

3) Pandekten, 1.Band, § 13o; Cession S. 12 und 116.

4) Fortsetzung zu Glück's Pandekten, 38. Th. § 1425, S. 69 ff und Cession, § 14 a.E. und § 37.

5) Cession § 5; Pandekten, 2. Bd. § 236.

Für das Klagerecht des anderen Contrahenten gegen den Prinzipal behält er das römische Klagensystem bei, die actiones institorias, exercitorias et quasi institorias.

Der Fortschritt gegenüber dem römischen Recht besteht lediglich darin, daß eine Zession bei Vorhandensein der Berechtigung, die Zession zu verlangen, als geschehen fingiert wird und daß der Vertrag auf fremden Namen gestellt werden kann.

Die Lehre Mühlenbruch's wurde fortgesetzt vor allem von Vangerow, Puchta, Bähr, Thibaut und Thöl (in den ersten vier Auflagen seines Handelsrechts).

Puchta[6] führt zu dem Grundgedanken Mühlenbruch's aus, daß die Obligation in der Person des Handelnden selbst ihren Anfang nehmen müsse: es liege hierin keine Singularität des römischen Rechts, vielmehr sei dieser Grundsatz im Wesen der Obligation begründet. Die Obligatio aus dem Vertrag eines anderen sei keine obligatio ex contractu, denn diejenigen, zwischen denen sie existieren solle, seien nicht Subjekte der Obligation, weil sie nicht contrahiert hätten.

Geht man von der Praemisse aus, daß der Eigencontract die einzig denkbare Vertragsform sei, wie es die Römer und ihnen folgend Puchta und andere taten, so ist die Deduktion zwingend.
Dem Bedürfnis nach Repraesentation, das auch Puchta nicht übersieht, ist nach seiner Meinung durch das System der actiones adiectitiae qualitatis und die Anerkennung der Zession, die auch ex jure sogleich mit Vertragsabschluß eintreten könne, genügend Rechnung getragen. Auf Grund des Repraesentationsverhältnisses, so führt er aus[7], gehe die Forderung vermöge wirklicher oder fingierter Zession über.

---

6) Pandekten, § 273 S. 413.
7) a.a.O. § 275 S. 416.

Da man für die Herbeiführung der Verpflichtung des Prinzipals im Rahmen dieser Lehre das System der praetorischen Klagen beibehielt, war davon auszugehen, daß Stellvertreter und Vertretener dem Dritten verpflichtet waren.

Thibaut erklärt allerdings[8], wie es vor ihm bereits Alciat und seine Zeitgenossen taten, daß der Stellvertreter nur solange er im Amte sei, belangt werden könne, und auch nicht als Selbstschuldner hafte, sondern nur dahin, daß er aus dem Vermögen des Prinzipals Befriedigung verschaffe.

Auch Vangerow vertritt die Auffassung, daß der Stellvertreter zumindest Durchgangsperson sein müsse, "da direkte Stellvertretung mit dem Wesen der Obligation im Widerspruch steht."[9]

Auf demselben Gedanken beruht die Lehre Bähr's: Der Stellvertreter wird, im Gegensatz zum Boten, nicht als bloßes Instrument aufgefaßt, und da er es ist, der contrahiert und handelt, muß die Obligation zunächst in seiner Person entstehen.
Eigenwillig ist nun Bähr's weitere Konstruktion: Da der Procurator dem Prinzipal den materiellen Obligationsinhalt zuwenden will, überweist er diesem durch die Hinweisung auf ihn gegenüber seinem Partner bei Vertragsschluß die actio empti oder sonstige Klage zur eigenen Verfolgung; der Prinzipal ist klageberechtigt. Dem Vertragspartner aber tritt er die ihm selbst zustehende actio mandati contraria gegen den Prinzipal ebenfalls durch die Hinweisung auf jenen ab. Acceptiert der Partner, so muß er zunächst die ihm abgetretene Klage geltend machen; ist sie wegen nicht erweisbaren Mandates, das der Stellvertreter wie ein fehlendes Mandat gegen sich gelten lassen muß, nicht

---

8) Pandekten, 2. Bd. §§ 873 mit 877.
9) Leitfaden, 3. Bd. § 6o8 S. 29o ff.

realisierbar, so tritt von selbst die Contractklage gegen den Procurator wieder in Kraft und er kann aus dem Vertrag in Anspruch genommen werden, was bei einer Vollmachtsüberschreitung ebenfalls möglich ist.[1o)]

Thöl, der in seinem Handelsrecht nur den kaufmännischen Institor behandelt, steht bis 1875, dem Erscheinungsjahr der fünften Auflage seines Werkes, auf der Seite Mühlenbruch's und seiner Anhänger. In der ersten Auflage[11)] gibt er dem Prinzipal wie die anderen ohne wirkliche Zession ein Klagerecht, wenn der Institor in seinem Namen contrahiert hat. Für die Vertretung im Verpflichtungsgeschäft stellt er nachfolgende Regeln auf:
Hat der Institor im Namen des Prinzipals contrahiert, so ist gegen den Prinzipal die actio institoria gegeben, die Klage gegen sich selbst kann der Institor mit der exceptio doli abwenden.[12)]
Hat er den Vertrag im eigenen Namen geschlossen, jedoch unter Hinweisung auf den Prinzipal, so haften beide, wobei der Institor allerdings nicht mit seinem Vermögen tenent ist, denn er hat erklärtermaßen für fremde Rechnung contrahiert.[13)]
Hat er dagegen nur im eigenen Namen, ohne Hinweisung, contrahiert, so haftet er auch in vollem Umfang alleine. Das Wissen des Partners allein, daß der Institor für einen anderen handle, ist nicht ausreichend zur Begründung der actio institoria; es ist die Hinweisung erforderlich, d.h. die Rücksichtnahme auf den Prinzipal muß eine zweiseitige, vertragsmäßige, nicht aber eine zwar beiderseitige, aber vereinzelte sein.[14)]

1o) Ih. Jhb. Bd. 6 S. 286 ff.
11) a.a.O. 1.Bd. S. 75 (1841).
12) a.a.O. S. 76.
13) a.a.O. S. 77/78.
14) a.a.O. S. 84.

In der 2. Auflage wird Thöl's Ansicht strenger: Er nimmt nun den Standpunkt ein, daß auch nach modernem Recht der Prinzipal nur nach einer wirklich erfolgten Zession klagen könne, es sei denn, es liege ein Fall vor, in dem er die Zession nicht erlangen könne.[15)]

Außerdem erklärt er, daß der Institor bei allen Arten seines Contrahierens hafte, also auch, wenn er es im fremden Namen tat; die Unterscheidung zwischen einem Handeln im fremden Namen und einem Handeln im eigenen Namen unter Hinweisung auf den Prinzipal wird ausdrücklich aufgegeben; sie war auch in der ersten Auflage nicht überall scharf durchgeführt worden.[16)]
Die Haftung des Institors wird auch nicht mehr auf seine Amtszeit beschränkt, er kann den klagenden Dritten aber auf den Prinzipal verweisen, "weil er, soweit gegen diesen die actio institoria rechtlich begründet ist, mit seinem Vermögen nicht tenent ist.[17)]

In der 3. und 4. Auflage praezisiert Thöl seine Ansicht dahin, daß der Institor, falls er den Vertrag so schloß, daß die Klage gegen den Prinzipal begründet ist, nicht zur Erfüllung verpflichtet ist, sondern nur der Prinzipal, da der Institor durch seine vertraglichen Erklärungen kundgab, daß die Erfüllungspflicht nur eine vom Prinzipal gewollte und gesollte sei. Er gibt dem Institor wieder die Möglichkeit, die Klage durch eine exceptio doli abzuwenden.[18)] Aus der Erfüllungspflicht des Prinzipals folgert er nun auch dessen alleiniges und unmittelbares Klagerecht und verzichtet auf die Zession als Voraussetzung des Klagerechtserwerbs.[19)]

---

15) a.a.O. 2. Aufl. S. 82 (1847).

16) a.a.O. S. 85 mit 87.

17) a.a.O. S. 88/89.

18) a.a.O. 3. Aufl. (1854) S. 1o7/1o8; a.a.O. 4. Aufl. (1862), S. 154/155.

19) a.a.O. 3. Aufl. S. 94/95; a.a.O. 4. Aufl. S. 141-144.

Damit hat Thöl seine eigene ursprüngliche Auffassung bereits tief untergraben: Der Stellvertreter wird nicht mehr aus dem von ihm geschlossenen Vertrag berechtigt und er hat aus ihm auch keine Erfüllungspflicht mehr, sofern er als Institor abschloß. Beides trifft den dem Vertrag fremden Prinzipal. Deshalb wird Thöl's Theorie auch in sich so widersprüchlich, da er auf der einen Seite an den römischen Regeln festhalten wollte, auf der anderen Seite aber glaubte, auf die Wirkungen direkter Stellvertretung nicht mehr verzichten zu können, weil ihm das Bedürfnis hiernach zu stark erschien. Und so gab er eine Konstruktion der Stellvertretung mit Rechtsfiguren, die einer direkten Stellvertretung begrifflich entgegenstehen.

Nach der Zessionstheorie, so genannt, weil ihre Vertreter den Erwerb des Prinzipals nur über eine Zession zuließen, ist es ausgeschlossen, daß der Vertretene ein Recht erwirbt, zu dessen Erwerb der Stellvertreter unfähig ist.[20]

Die Zessionstheorie nimmt für sich in Anspruch, allein in der Lage zu sein, die Haftung eines vollmachtlos handelnden Vertreters erklären zu können.[21]
Jedoch hat bereits Mitteis[22] auf die Nachteile, die sich aus dieser Auffassung für den Vertragspartner ergeben, hingewiesen: "Der Tertius könnte daher seiner Vertragsrechte - mögen sie nun auf Erfüllung oder auf Schadensersatz gerichtet sein - gegen den Stellvertreter gar nicht geltend machen, ohne auch seinerseits zu erfüllen. Nun liegt es aber auf der Hand, daß es oft dem Interesse des Tertius zuwider laufen wird, dem Stellvertreter zu leisten;..... Dessen ungeachtet muß er dies thun, will er nicht ohne Rechtshilfe bleiben. Das Unbefriedigende dieser Resultate liegt auf der Hand."

---

20) Mühlenbruch, Cession § 12 I.

21) Bähr, a.a.O., S. 288.

22) a.a.O. S. 87; vgl. noch Everding, a.a.O. S. 47/48.

II. Die sog. Geschäftsherrntheorie

Nicht von allen Vertretern der historischen Schule wurde die Möglichkeit und Zulässigkeit direkter Stellvertretung überhaupt geleugnet.

v. Savigny, der bedeutendste unter ihnen, stellt vielmehr eine Vertretungslehre auf, die ohne einen Zwischenerwerb des Vertreters auskommt. Doch mag bezeichnend erscheinen, daß er dabei in dem Glauben ist, seine Lehre stehe in vollem Einklang mit dem Rechte Justinians. Der "Canon des juristischen Denkens"[23] erscheint gewahrt: die Lehre muß richtig sein.

v. Savigny vertritt nämlich die Ansicht, daß das allgemeine Verkehrsbedürfnis nach Zulassung direkter Vertretung bereits bei den Römern zuerst zu einer allmählichen Auflockerung des strengen Satzes "alteri nemo stipulari potest" durch die praetorische Rechtsschöpfung, schließlich aber sogar zu einer Umbildung des Grundsatzes selbst geführt habe, "indem er auf bestimmte Verträge beschränkt wurde."[24] Diesen Schluß zieht v. Savigny vor allem aus der Digestenstelle D. 41,1,55.[25] Der Satz 1 bezieht sich nach seiner Meinung nur auf civile Handlungen; als solche habe im Justinianischen Recht nur noch die Stipulation gegolten. Alle anderen Handlungen, also auch die Vertragsschlüsse, die nicht stricti iuris sind, wie die emptio-venditio u.a., subsumiert er unter den zweiten Satz und gelangt so zu dem Ergebnis, daß der alte Grundsatz nur noch für Stipulationen gegolten habe. Da diese im deutschen Recht zu v. Savigny's Zeit nicht mehr gebräuchlich waren, gelingt ihm mühelos der weitere Schritt, die Stellvertretung nunmehr für uneingeschränkt zulässig zu erklären, ohne

---

23) Vgl. Boehmer, a.a.O. S. 71/72.

24) System, 3. Bd. § 113, S. 94; Obl.R., 2. Bd. S. 23 ff.

25) "Ea quae civiliter adquiruntur per eos, qui in potestate nostra sunt, adquirimus, veluti stipulationem: quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus."

einen Bruch mit dem römischen Recht zu vollziehen, was seiner Grundauffassung von dessen Bedeutung und Geltung widersprochen hätte.

Die Behauptung v. Savigny's, die Römer hätten die freie Vertretung fast uneingeschränkt gekannt, war völlig neu und stand im Widerspruch zu allen bisherigen Forschungsergebnissen.
v. Savigny versucht sie deshalb auch durch weitere Belege zu untermauern. Er findet sie dadurch, daß er den Unterschied zwischen einem Stellvertreter und einem Boten leugnet, und nunmehr alle Quellenstellen, in denen vom Nuntius die Rede ist, für seine Meinung heranzieht.[26)]
Diese Gleichsetzung bedingt eine ganz bestimmte Konstruktion der Stellvertretung: Der Stellvertreter wird deshalb von v. Savigny auch nicht als der Contrahent, als jemand, der seinen eigenen Willen erklärt, aufgefaßt, sondern v. Savigny hält den Vertretenen für den eigentlichen Contrahenten, und dies nicht vermöge einer Fiktion, sondern mit der Versicherung, er sei es, der durch das Mittel seines Vertreters seinen Willen dem Vertragspartner erkläre.[27)]

Diese These sucht er weiter dadurch zu untermauern, daß er für den Fall eines Pferdekaufes durch eine Mittelsperson verschiedene Fallgruppen bildet:[28)]
1) Der Bote erhält einen praecisen Auftrag zum Kauf eines Pferdes dergestalt, daß er nur das Jawort des Absenders zu überbringen hat. Nach v. Savigny ist der Bote hier ein bewußt- und willenloses Werkzeug wie ein Brief.
2) Der Bote erhält wieder einen praecisen Auftrag zum Kauf eines Pferdes, nunmehr aber so, daß er die vollständige Willenserklärung des Absenders zu überbringen hat. Nach v. Savigny ist er noch willenloses, aber nicht mehr bewußtloses Werkzeug.

---

26) Obl.R. II § 57, S. 57.
27) wie Anm. 26).
28) Obl.R. II, § 57, S. 57-59.

3) Der Bote wird beauftragt, ein bestimmtes Pferd zu kaufen, dabei aber möglichst den Preis herunterzuhandeln. Nach v. Savigny ist der Bote hier teilweise auch nicht mehr willenlos, da ihm in der Preisbildung ein Spielraum gelassen wird.
4) Der Bote wird beauftragt, zwischen mehreren Pferden auszuwählen, wobei ihm auch das Aushandeln des Preises überlassen bleibt. Nach v. Savigny ist der Bote nun weder ein bewußt- noch ein willenloses Werkzeug.

Ein Vergleich der genannten Fälle führt v. Savigny dazu, es als "unbedenklich" zu erklären, daß juristisch alle die gleiche Natur hätten: "Denn mein auf mannichfaltige Entschlüsse gerichteter Wille, zwischen welchen der Stellvertreter die Wahl haben soll, ist ja noch immer mein Wille, und der Stellvertreter selbst erscheint in allen diesen Fällen, der anderen Partei gegenüber, als der bloße Träger meines Willens."[29]
Seine Meinung ist:[30] "Es ist gleichgültig, ob der Stellvertreter der anderen Partei meinen einfachen Entschluß überbringt, oder vielmehr einen unter mehreren, von mir gefaßten Entschlüssen, nach seiner eigenen freien Auswahl. Es ist also gleichgültig, ob der Stellvertreter in dem Geschäft mehr oder weniger selbstthätig erscheint. Eine scharfe Gränze zwischen diesen höchst mannichfaltigen Fällen zu ziehen, ist ganz unmöglich und es ist auch kein innerer Grund für den Einfluß einer solchen Gränze vorhanden."

Die Behauptung v. Savigny's, schon die Römer hätten grundsätzlich die freie Stellvertretung anerkannt, fand allgemeinen Widerspruch; seine Stellvertretungslehre selbst aber gewann ihm manchen Anhänger.

---

29) a.a.O. S. 59.
30) a.a.O. S. 59.

Zu diesen zählt Scheurl, der das Irrige in v. Savigny's Lehre lediglich in einem Anachronismus sieht. Auch er versteht den Stellvertreter als bloßes Werkzeug, und zwar faßt er auch jemanden, der ohne Vollmacht im Namen eines anderen handelt, als dessen Organ auf. Der Prinzipal ist ihm eigentlicher Contrahent, der Stellvertreter dessen Nuntius.[31] Allerdings widerspricht Scheurl in dem genannten Aufsatz sich selbst, wenn er wenig später ausführt, daß im Falle, wo der Bevollmächtigte unter mehreren ihm zur freien Auswahl anheimgestellten Entschlüssen auswähle, er in der Tat nicht bloßer Nuntius, sondern wahrer Stellvertreter sei, dessen Bewußtsein und Vorgehen zu berücksichtigen seien.[32]
Eine völlige Gleichsetzung scheut er doch.
Auch erklärt er ausdrücklich[33], auf die praktischen Folgen, die sich aus seiner Auffassung des vollmachtlos handelnden Vertreters als Organ des Vertretenen ergäben, nicht eingehen zu wollen, obgleich hier gerade der wunde Punkt der Theorie liegt: denn wie kann jemand das Organ eines noch gar nicht existenten Willens sein?
Ein in sich geschlossenes System stellt Scheurl nicht auf.

Als weiterer Anhänger der sog. Geschäftsherrntheorie ist v. Canstein zu nennen.
Ausgehend davon, daß zur Entstehung eines jeden Rechtsgeschäfts ein Wille, der auf einen bestimmten rechtlichen Erfolg gerichtet sein müsse, dessen Erklärung und der Causalzusammenhang zwischen beiden erforderlich sei, bezeichnet er eine Stellvertretung im Willensact als begrifflich unmöglich, fährt aber fort:[34] "Wohl aber kann die Formulierung und Praecisirung eines bereits allgemein

---

31) Krit. Überschau Bd. 1 S. 316 ff.
32) a.a.O. S. 337.
33) a.a.O. S. 337.
34) Grünhut's Zschr. Bd. 3 S. 676.

erklärten Willens einem anderen übertragen werden", und kommt so zu dem Resultat: "Der Stellvertreter will also nicht statt des Vertretenen, sondern präcisirt nur seinen allgemein erklärten Willen, er vertritt ihn nicht im Willensacte, sondern in der Willensbestimmung. Ein Wille ist nämlich nicht mehr nothwendig, da der - wenn auch bedingt und allgemein erklärte - Wille des Vertretenen vorhanden ist; es ist aber der Abschluß des Rechtsgeschäfts in das Ermessen des Stellvertreters gestellt und davon abhängig, daß er das betreffende Geschäft für gut befinde."
Seine Definition der Stellvertretung ist folgende:[35] Stellvertretung ist "die vom Stellvertreter durch bewußte Erklärung des Willens des Vertretenen anstatt dessen vollzogene äußerliche Abschließung eines Rechtsgeschäfts."

Unter den Begriff des Stellvertreters subsumiert er dabei den Boten, den Beauftragten, den Bevollmächtigten und den Entscheidungsmandatar.
Der Bote hat die Vertretung in der Erklärung, der Beauftragte in der Erklärung und Specialisierung eines allgemein erklärten Willens, und der Bevollmächtigte in der Entscheidung, ob das betreffende Rechtsgeschäft überhaupt abzuschließen sei, wie sie auch der Entscheidungsmandatar treffen muß, sowie in der Erklärung und der Specialisierung des Willens des Vertretenen, - "er ist zugleich Beauftragter, Entscheidungsmandatar und Bote."[36]
Den Unterschied zwischen Vollmacht und Auftrag sieht v. Canstein darin, daß der Auftrag nie, die Vollmacht dagegen stets zur Vertretung in der Entscheidung berechtige, ob das Rechtsgeschäft geschlossen werden solle.[37]

---

35) a.a.O. S. 678.
36) a.a.O. S. 682.
37) a.a.O. S. 684.

Außerdem stützt v. Canstein sich zur Untermauerung seiner Vertretungslehre auch auf das bereits von v. Savigny angeführte Argument, daß im Falle, wo der Stellvertreter nicht des Vertretenen Willen, sondern seinen eigenen Willen erklärt hätte, er allein, oder zumindest auch neben dem Vertretenen berechtigt und verpflichtet werden müßte.[38)]

Als die fünf Voraussetzungen wirksamer Vertretung nennt er:[39)]

1) eine gültige Vertretungsbefugnis,
2) einen erkenntlichen Abschluß im Namen des Vertretenen,
3) ein vollmachtsgemäßes Handeln,
4) den Consens des Dritten mit dem vom Stellvertreter manifestierten Willen des Vertretenen und
5) die Vertragsfähigkeit, Gutgläubigkeit, zwangs- und irrtumsfreie Willensbildung des Vertretenen.

Kein Wort verliert v. Canstein darüber, wie bei einer ganz allgemein gehaltenen Vollmacht, in der einzelne Geschäfte gar nicht erwähnt sind, von einem Rechtsgeschäftswillen des Vertretenen überhaupt noch gesprochen werden könne, da die Praecisierung hier darin bestehen müßte, daß der Stellvertreter selbst erst den concreten Willensentschluß in allen Einzelheiten faßt.

Ähnliche Gedanken äußert Hellmann, der unabhängig von v. Savigny ebenfalls die Existenz unmittelbarer Stellvertretung im römischen Recht behauptet, indem er Quellenbelege, die den Grundsatz des "alteri stipulari nemo potest" beinhalten, nur auf Verträge zu Gunsten Dritter bezieht, dabei aber übersieht, daß die Römer zwischen Stellvertretung und Verträgen zu Gunsten Dritter noch keine terminologische Trennung durchführten.[4o)]

---

38) a.a.O. S. 684.

39) a.a.O. S. 684.

4o) Stellvertretung, S. 39 ff.

Aus der Tatsache, daß allgemein angenommen wurde, ein stellvertretungsweise vorgenommenes Geschäft erlange bei Fehlen der Vollmacht erst mit der Genehmigung Wirksamkeit, zieht Hellmann den Schluß, daß die Willenserklärung des Vertretenen, nicht die des Vertreters, das entscheidende Moment für den Eintritt der Rechtsfolgen sein müsse, und folgert weiter:[41] "Die Handlung des Stellvertreters ist nichts als das Mittel, wodurch die juristische Handlung des Prinzipals Dritten gegenüber hergestellt wird..... Was der Stellvertreter thut, ist für ihn selbst etwas völlig Unjuristisches."
So betrachtet er die Tätigkeit des Vertreters als eine Dienstleistung für den contrahierenden Prinzipal, die darin besteht, "daß der Stellvertreter im Namen des Prinzipals eine von diesem in ihren Einzelheiten schon bestimmte Erklärung abgibt oder daß er den unbestimmten allgemeinen Willen des Prinzipals spezialisiert."[42]
"Der Stellvertreter, verglichen mit dem Boten, ist ein Willensäußerungsorgan höherer Art."[43]

Er macht den folgerichtigen Schritt und klammert die gesetzliche Vertretung aus seinen Betrachtungen aus, denn bei ihr fehlt der Wille des Prinzipals, so daß nach Hellmann's Ansicht[44] das Gesetz hier durch Fiktion vorschreiben müsse, der gesetzliche Vertreter handle auf Grund des Willens des Vertretenen.

Abschließend stellt er fest[45], entscheidend sei also der Wille, die Tätigkeit des Vertretenen bei der Stellvertretung, die auf Grund einer rechtsgeschäftlich erteilten Ermächtigung vorgenommen werde, daneben sei allerdings auch die Mitwirkung des Stellvertreters erforderlich, weshalb es letztlich nur ein Terminologie-

---

41) a.a.O. S. 15/16.
42) a.a.O. S. 19.
43) a.a.O. S. 21.
44) a.a.O. S. 25.
45) a.a.O. S. 26.

streit sei, wolle man den Vertretenen oder den Vertreter als handelnd und contrahierend bezeichnen. Selbst definiert er die Stellvertretung aber "als das Rechtsverhältnis, in welchem ein hierzu Ermächtigter zum Abschluß von Rechtsgeschäften in der Weise Beihilfe leistet, daß er anstatt des Vollmachtsgebers dessen rechtsgeschäftlichen Willen zur äußeren Erscheinung bringt."[46], und faßt die Generalvollmacht deshalb als folgende Erklärung des Vollmachtgebers auf:[47] "ich will, sooft mein Stellvertreter erklärt, ich wolle", wobei es unschädlich sein soll, wenn der Vertretene die Einzeldispositionen gar nicht kannte.

Ein Rechtsgeschäftswille des Prinzipals, wie Hellmann ihn auf Grund seiner Auffassung anzunehmen genötigt ist, kann indes in dieser allgemeinen Erklärung nicht mehr erblickt werden.

Als Konsequenz ergibt sich im Fall vollmachtsloser Vertretung daraus, daß der Dritte solange zurücktreten kann, als eine Offerte zurückgenommen werden kann, da die Erklärung des Dritten gegenüber dem vollmachtslosen Stellvertreter als eine Offerte an den Vertretenen angesehen werden muß[48], während die Genehmigung als Erklärung des Prinzipals innerhalb des stellvertretungsweise abgeschlossenen Geschäfts zu betrachten ist.[49]

Bleibt die Genehmigung aus, so ist gegen den Vertreter u.U. die exceptio doli gegeben, bei dem Fehlen eines arglistigen Verhaltens aber bleibt das Vorliegen eines Garantievertrages über die Existenz der Vollmacht oder die Erteilung der Genehmigung zu prüfen, der jedoch nach Meinung Hellmann's nicht ohne weiteres unterstellt werden darf.[5o]

Die ganze Lehre aber beruht auf dem Leitgedanken:[51] "Da der Vertrag auch heute noch ein Rechtsverhältnis zwischen den Contrahenten begründet, so setzt er auch noch den Consensus der Contrahenten in idem placitum

---

46) a.a.O. S. 1o4.
47) a.a.O. S. 19.
48) a.a.O. S. 124.
49) a.a.O. S. 125.
5o) a.a.O. S. 142/143.

voraus, und es muß entschieden gegen die Aufstellung protestiert werden, als könne heutzutage die Willenseinigung zwischen einem Contrahenten und einem Stellvertreter genügen, ohne daß der Wille des Letzteren materiell identisch wäre mit dem Willen des Prinzipals.

Ruhstrat faßt den Stellvertreter auch als Vertragsinstrument des Prinzipals auf; der Stellvertreter bedeutet ihm[52] "in dem Moment, wo er als Repraesentat handelt, nur den Prinzipal, denn nur dessen Wille ist es, was ihn zur Bewegung bringt, nicht aber sein eigener Wille, der dabei nur insofern in Betracht kommt, als eben der Prinzipal von vornherein erklärt hat, daß der Wille des Repraesentanten als sein Wille gelten und aufgefaßt werden soll"; und da der Stellvertreter, davon geht Ruhstrat aus, nicht durch den Vertrag, den er selbst schließt, obligiert wird, "so bleibt nur die Annahme übrig, daß der Wille des Stellvertreters der Wille des Prinzipals wirklich ist, weil letzterer denselben von vornherein als solchen anerkannt hat."[53]

Die Sätze zeigen, daß Ruhstrat im Grunde erkannt hat, daß der Stellvertreter seinen eigenen Willen erklärt; doch weil er es für unzulässig hält, daß jemand aus einem ihm fremden Vertrag betroffen werde, stellt er die petitio principii auf, daß der Wille des einen der Wille des anderen sei, "weil nicht sein kann, was nicht sein darf."

Für den im fremden Namen handelnden negotiorum gestor nimmt Ruhstrat an, daß dieser sich zunächst selbst verpflichten müsse, denn der dominus habe nicht wie der Mandant von vornherein den Willen des Vertreters für den seinigen anerkannt und könne folglich auch nicht als Mitcontrahent des Dritten angesehen werden.[54]

---

52) AcP, Bd. 30 S. 349.
53) a.a.O. S. 354.
54) a.a.O. S. 355.

Doch bleibt er dieser letzten, an sich konsequenten Auffassung nicht treu, denn in einem Aufsatz aus dem Jahre 1871 führt er aus, der von einem falsus procurator geschlossene Vertrag sei bei Ausbleiben der Genehmigung des dominus als nicht geschlossen anzusehen, weil infolge des Fehlens des Vertragswillens nur ein Vertragsobjekt, der Dritte, da sei. Von einer Selbstverpflichtung des negotiorum gestor ist keine Rede mehr.[55)]
Jahre später plädiert Ruhstrat sogar dafür, die römischen Grundsätze, wie sie seiner Meinung nach von Papinian entwickelt worden sind, an Stelle der modernen Stellvertretungsprinzipien anzuwenden, da erstere ihn weit solider dünkten.[56)]
Er behauptet nämlich:[57)] "Papinian läßt die Wirkungen der Kontraktsschließung vollständig in der Person des Procurators entstehen, aber er überträgt sie gleich nach ihrer Entstehung aktiv und passiv auf den Machtgeber."
In der Abmachung, daß der Vertrag contemplatione domini geschlossen werden solle, liege der Verzicht des Dritten auf seine gegen den Procurator begründete Klage, und dieser Verzicht sei mit der Absicht verbunden, einen entsprechenden Rechtstitel gegen den Prinzipal zu erlangen. In der Vollmacht aber liege die Genehmigung des contemplatione domini erfolgten Contractschlusses; "die Genehmigung der mit der Kontraktschließung verbundenen negotiorum gestio des Dritten Kontrahenten." Deshalb habe Papinian den Contrahenten des Procurators das Rechtsmittel, auf welches er dem Procurator gegenüber verzichtet habe, als actio negotiorum gestorum quasi institoria gegen den Prinzipal gewährt: "Papinian übertrug also mittels Anwendung der Grundsätze von der negotiorum gestio das Schuldverhältnis des Procurators auf den Prinzipal."[58)]

---

55) Ih. Jhb. Bd. 1o S. 2o7.
56) a.a.O. Bd. 27 S. 151.
57) a.a.O. S. 145.
58) a.a.O. S. 131/132.

Formell liegt eine neue Obligation vor, so daß nach Ruhstrat die nach dem römischen Recht geltende Unübertragbarkeit von Obligationen nicht im Wege steht.[59)]
Als Belegstelle für seine Theorie führt Ruhstrat an:
D 19,1.13,25: "Si procurator vendiderit et caverit emtori, quaeritur an domino vel adversus dominum actio dari debeat. Et Papinianus lib. 3 responsorum putat, cum domino ex emto agi posse utili actione ad exemplum institoriae actionis (was Ruhstrat ergänzt zu: utili actione negotiorum gestorum ad exemplum institoriae actionis), si modo rem vendendam mandaverit ....."
"Die Verwandlung der Kontraktsklage des Dritten in die actio negotiorum gestorum war eine bloße, zur Herbeiführung des passiven Überganges nothwendige Form."[6o)]

Zu nennen bleibt noch Dernburg. Laband[61)] reiht ihn zwar unter die Anhänger der sog. Fiktionstheorie ein und behauptet, er sei deren konsequentester Verfechter, doch aus Dernburg's Schriften ergibt sich m.E. eindeutig, daß er sich v. Savigny anschließt.

Gerade in dem von Laband zitierten Aufsatz lehnt Dernburg expressis verbis die Fiktionstheorie und ihre Resultate ab.[62)] Er fingiert nicht den Prinzipal als Contrahenten, für ihn ist der Prinzipal Contrahent und wird aus seiner Contrahentenstellung heraus verpflichtet und berechtigt.

Das hat für ihn zur Folge, daß der Mandatar dem Dritten nicht seine eigene Zustimmung zu dem zu schließenden Vertrage erklärt, sondern die seines Mandanten, durch das Mandat hierzu bevollmächtigt.[63)] Im Mandat aber sieht er nicht mehr den Auftrag, Verträge zu schließen, die den Vertreter zuerst

---

59) a.a.O. S. 132 Anm. 68.

6o) a.a.O. S. 139.

61) Zschr. f. HR, Bd. 1o S. 225.

62) Heidelberg, Krit.Zschr., Bd. 1 S. 2; Pandekten, § 117, S. 268.

63) a.a.O. S. 1,2,19.

persönlich berechtigen und verpflichten, sondern "die Vollmacht, Bestimmungen eines Vertrages innerhalb gewisser Gränzen oder nach Gutdünken festzustellen und die Einwilligung des Prinzipals dazu zu erklären."[64]
Das Mandat ist auch für ihn der im voraus erteilte Consens des Prinzipals zu dem abzuschließenden Geschäft. Er bemerkt hierzu weiter:[65] "Die Möglichkeit, eine Einwilligung dieser Art zu ertheilen, rechtfertigt sich aber dadurch, daß der römische Grundsatz, wonach ein Consens immer nur zu einem bestimmen Geschäft gegeben werden kann, aus unserem Rechtsbewußtsein vollständig verschwunden ist."
Der Procurator ist Organ des Prinzipals. Darum ist für Dernburg bezüglich des Geschäftsinhaltes auch in erster Linie die Absicht und Kenntnis des Prinzipals maßgeblich; soweit der Contract allerdings in das Ermessen des Vertreters gestellt worden ist, ist ihm auch dessen Irrtum und Wissen erheblich.[66] Willensfähig muß der Stellvertreter zwar sein, da er jedoch nicht als Contrahent angesehen wird, braucht er nach Dernburg nicht handlungsfähig zu sein.[67]
Auch für Dernburg bleibt es ein unangreifbares Axiom, daß man nur aus dem von einem selbst abgeschlossenen Vertrag berechtigt und verpflichtet werden könne, und um zu einem Eigenvertrag des Vertretenen zu gelangen, muß er, wie die anderen Anhänger der Geschäftsherrntheorie auch, den Begriff des Rechtsgeschäftswillen aufgeben, indem er jede noch so allgemein gehaltene Mandatserteilung zum konkreten Rechtsgeschäftswillen innerhalb des vertretungsweise geschlossenen Vertrages erklärt, mit der Behauptung, der Rechtsgeschäftswille des einen könne durch einen anderen praecisiert werden und dennoch der Wille des ersteren bleiben.

---

64) a.a.O. S. 19; auch Pandekten, § 117, S. 268.
65) wie Anm. 64).
66) Pandekten, S. 268 Anm. 8.
67) Pandekten, S. 272, Anm. 4.

Die Schwächen dieser Theorie, die den Vertretenen als den Handelnden ansieht, zeigen sich vor allem dann, wenn ein Nichtbevollmächtigter als Stellvertreter handelt. Wie Mitteis[68] bereits herausstellte, vermag diese Theorie keinen stichhaltigen Grund dafür anzuführen, weshalb bereits vor der Genehmigung eine Bindung des Stellvertreters und des Dritten eintrete. Der Consens des Vertretenen fehlt vor der Genehmigung, es liegt nur eine Offerte des Dritten vor. Warum soll er hier bereits gebunden sein?

Da die Anhänger dieser Lehre, abgesehen von Hellmann, nicht zwischen gewillkürter und gesetzlicher Vertretung trennen, kommen sie in erhebliche Schwierigkeiten, wenn sie begründen wollen, warum für einen Geschäftsunfähigen vertretungsweise gehandelt werden könne, worauf bereits Zimmermann hinwies.[69]
Auch die Erklärung der Haftung des falsus procurator muß Schwierigkeiten bereiten, da seine Tätigkeit als etwas Unjuristisches angesehen, seine rechtsgeschäftliche Tätigkeit geleugnet wird.
Der angreifbarste Punkt der Lehre bleibt aber wohl die Auffassung über die Bedeutung des Rechtsgeschäftswillens des Prinzipals. Curtius sagt hier zu Recht:[7o] "Meine Entschlüsse, zwischen denen der Stellvertreter die Wahl hat -, das ist eine contradictio in adjecto. Es ist etwas ganz andres: wollen, daß ein Vertrag geschlossen wird, und: einen Vertrag schließen; Hier wird der allgemeine Wille, einen Vertrag gewisser Art zu schließen, mit dem speziellen Willen, welcher durch den consensus zur lex contractus wird, verwechselt.", während Hupka hervorhebt:[71] "Der Vollmachtswille deckt sich also niemals mit dem im Hauptgeschäft ausgesprochenen Rechtsgeschäftswillen,.....

---

68) a.a.O. S. 2o7.
69) a.a.O. S. 37.
7o) AcP Bd. 58 S. 72.
71) a.a.O. S. 32.

Vielmehr ist die Willensrichtung in beiden Akten eine verschiedene. Während der Rechtsgeschäftswille, wie er vom Stellvertreter namens des Prinzipals erklärt wird, auf die unmittelbare Begründung einer konkreten Rechtsveränderung gerichtet ist, enthält die Vollmacht keine unmittelbare Disposition des Prinzipals, sondern die Zustimmung zu rechtlichen Dispositionen, die eine andere Person in seinem Namen künftig vornehmen soll."

8. K a p i t e l

Die Stellvertretungslehre des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches und die sog. Repraesentationstheorie

Weder die Theorie Mühlenbruch's noch die v. Savigny's konnte sich auf die Dauer siegreich behaupten. Einerseits erkannte man immer klarer, daß die Behauptung, der Vertretene sei selbst stets der Contrahent, der in seinem Namen contrahierende Stellvertreter dagegen lediglich sein Werkzeug, nicht zutreffen könne, da im Regelfall erst der Stellvertreter den konkreten Rechtsgeschäftswillen fasse und damit dem Dritten seinen eigenen, nicht einen fremden Willen erkläre. Andererseits war man davon überzeugt, daß auf die direkte Stellvertretung nicht mehr verzichtet werden könne, sollte nicht das ganze Rechtsleben, insbesondere auf dem Gebiet des Handels, unerträglich behindert werden.
Diese zweifache Erkenntnis führte allmählich dazu, daß sich eine Auffassung des Instituts der freien, gewillkürten Stellvertretung durchsetzte, die im völligen Gegensatz zu den Grundsätzen des Corpus iuris steht und in vielen Punkten an die Lehren der Naturrechtler anknüpft.
Diese Entwicklung in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts wurde aber überhaupt erst möglich, weil man begann, die von der historischen Schule entwickelte Begriffsjurisprudenz abzulehnen. Dadurch daß deren Anhänger es unternommen hatten, aus geschichtlichen Rechtsphänomenen, aus historisch bedingten Rechtsprinzipien des Corpus iuris abstrakte Normen abzuleiten, die sie dann als von dem Gesetz der "Denknotwendigkeit" diktiert empfanden[1], hatten sie schließlich entweder die "begriffliche Unmöglichkeit"

---

1) Boehmer, a.a.O. S. 71/72.

von Rechtsinstituten, die sich wie die direkte Stellvertretung gewohnheitsrechtlich eingebürgert hatten, behauptet[2] oder dieselbe nur in der Form für zulässig erklärt, wie sie ihrer Meinung nach bereits dem Corpus iuris bekannt gewesen war.

Im Rahmen der neuen Richtung versuchte man vor allem, dem Wesen der Stellvertretung nach ihrer wirklichen Erscheinungsform gerecht zu werden; es wurde nicht mehr von vorneherein der Versuch unternommen, das Institut der Stellvertretung unter einem bereits aus dem römischen Recht bekannten Begriff zu erfassen. Man betrieb deren wissenschaftliche Behandlung vielmehr gerade in der Erkenntnis, daß es sich um eine dem römischen Recht noch unbekannte Rechtsfigur handle, die sich im Widerspruch zu diesem entwickelt habe.

So ging man auf die Suche, die den einzelnen Stellvertretungserscheinungen gemäßen Begriffe zu finden, und ein Großteil des nun rege einsetzenden literarischen Gedankenaustausches unter den Juristen der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts besteht gerade darin, sich mit den Begriffsdefinitionen anderer auseinanderzusetzen und möglichst noch treffendere eigene zu geben. Die Flut der Aufsätze und Monographien, - auch die Anhänger der anderen Theorien waren ja nicht zum Schweigen verurteilt, - erscheint heute fast überwältigend; doch ist sie daraus erklärlich, daß in jener Zeit entscheidend um die begriffliche Erfassung der Stellvertretung gerungen wurde.[3] Nur diesen zahlreichen mühevollen Vorarbeiten ist es zu danken, daß in das BGB eine klare Stellvertretungslehre aufgenommen werden konnte, die eine Regelung aller wichtigen Einzelfragen enthält.

---

2) Vgl. Vangerow, Pand. III, § 6o8; Bähr, Ih. Jhb. 6 S. 288; AcP 67 S. 189.

3) So wurden in fast allen Darstellungen viele Zeilen der Abgrenzung von Botenschaft und Stellvertretung, der Trennung von unmittelbarer und sog.mittelbarer Vertretung, sowie dem Handeln weiterer Zwischenpersonen gewidmet.
Vgl. Ihering, Ih, Jhb. 1 S. 273 ff; Baron, Pand. S. 117 ff Unger, Pr.R. 2. Bd. S. 129 ff; Laband, Zschr. f. HR 1o S. 189 ff; Zimmermann, a.a.O. S. 14 ff; Brinz, Pand. S. 338; Buchka, a.a.O. S. 2o6.

I.

Das erschien bei der rund 5o Jahre früher erfolgenden Kodifikation des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches noch nicht möglich. Dessen Verfasser vertreten vielmehr die Ansicht, man solle nicht durch die Festlegung auf eine der vertretenen Theorien in die Gesetzgebung der Länder bezüglich der weitgehend verschiedenen geregelten Mandatslehre, - man vergleiche nur den Codex Maximilianeus und das ALR -, eingreifen. [4]

Aus diesem Grunde wurde z.B. die Fassung des Art. 41 des preußischen Entwurfs zu einem HGB, der neben einem österreichischen Entwurf den Beratungen zu Grunde lag, moniert. Die Formulierung, daß der Prinzipal aus Geschäften des Faktors, die dieser im Namen des Prinzipals geschlossen habe, betroffen werde, "als wenn er das Geschäft selbst abgeschlossen hätte", wurde deshalb umgeändert in: "Durch das Rechtsgeschäft, welches ein Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter gemäß der Prokura oder Vollmacht im Namen des Prinzipals schließt, wird der letztere dem Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet (Art. 52)". Diese Wendung sollte zum Ausdruck bringen, daß man sich keiner Theorie anschließe, weshalb nur der Geschäftserfolg geregelt wurde, das übrige Problem aber der Klärung durch die Wissenschaft überlassen werde. Ausdrücklich erklärten die Verfasser des HGB allerdings, daß sie sich keinesfalls der Lehre v. Savigny's anschließen könnten. [5]

Bewußt wurde von jeder Kodifikation in Einzelfragen abgesehen. [6]

Neu ist der Begriff des Prokuristen: seine Vollmacht muß ausdrücklich als Prokura bezeichnet sein, Art. 41, und sie ermächtigt zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der

---

4) Protokolle, 1. Teil, 2. Lesung, S. 96o.
5) Prot., a.a.O. S. 78.
6) Prot., a.a.O. S. 84 u. 96o.

Betrieb (irgend) eines Handelsgewerbes mit sich bringt; sie erfaßt auch jede nach den Landesgesetzen erforderliche Spezialvollmacht. Lediglich zu Veräußerungen und Belastungen von Grundstücken ist eine zusätzliche, besondere Ermächtigung des Geschäftsinhabers erforderlich, Art. 42.
Das Entscheidende aber ist, daß dieser Prokuraumfang Dritten gegenüber nicht rechtswirksam eingeschränkt werden kann, Art. 43. Damit ist ein neuer Vollmachtstyp geschaffen: die gesetzlich fixierte, uneinschränkbare Vollmacht.

Neben dem Prokuristen steht der Handlungsbevollmächtigte. Er ist in einem Laden, offenen Magazin oder Warenlager angestellt und gilt zu Verkäufen insoweit als ermächtigt, als diese gewöhnlich in einem derartigen Betrieb vorkommen, Art. 5o. Handeln Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter prokura- bzw. vollmachtsgemäß, so entstehen zwischen ihnen und dem Dritten weder Rechte noch Verbindlichkeiten, Art. 52 und Art. 298; Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet wird allein der Prinzipal, Art. 52 II.
Aus diesen Bestimmungen ist ersichtlich, daß die Kodifikation auch nicht auf dem Boden der Lehre Mühlenbruch's steht; es bleibt, nachdem von den Verfassern des HGB die Theorie v. Savigny's ausdrücklich abgelehnt wurde, deshalb nur der Weg für eine Auffassung der direkten Stellvertretung im heutigen Sinne übrig: aus dem vollmachtsgemäßen Geschäft, das der Vertreter im fremden Namen, nicht aber der Vertretene selbst, schließt, wird der dem Vertrag fremde Vertretene unmittelbar berechtigt und verpflichtet.

So kann es nicht Wunder nehmen, daß die Vertreter der sog. Repraesentationstheorien, die von dem genannten Standpunkt ausgingen, sich zur Stützung ihrer Lehre häufig auf die Bestimmungen des HGB beriefen.

II.

Der Ausgangspunkt dieser Theorien ist folgender: Bei dem Vertragsschluß mit dem Dritten sind der Vertreter und der Dritte die allein Handelnden, die alleinigen Contrahenten. Die Besonderheit des Handelns des Vertreters liegt darin, daß er im Namen eines anderen in der erklärten Absicht auftritt, diesen und nicht sich selbst, wie üblich, aus dem Vertrag zu berechtigen und zu verpflichten. Es treffen dann den Vertretenen Wirkungen aus einem Vertrag, an dessen Abschluß er keinen Anteil hatte.

Verschieden wird der Eintritt der Vertragswirkungen in der Person des Vertretenen begründet.[7]
Die einen helfen sich mit der Fiktion: was die Wirkungen des Vertrages anlange, so sei der Vertretene als Contrahent anzusehen; insoweit gelte der Vertrag als von ihm selbst abgeschlossen.

Diesen Weg gingen Laband[8],

---

7) Eine Ausnahme bildet Glück, der darauf verzichtet, eine nähere Stellvertretungskonstruktion zu geben. Für den Bereich der Verpflichtungsgeschäfte behält er die actiones adiectitiae qualitatis bei, für den Bereich der Erwerbsgeschäfte trifft er lediglich die Feststellung: "Allein heut zu Tage sind unsere Rechtsgelehrten darin ziemlich einig, daß der Mandant aus dem Contract, der in seinem Namen vermöge ertheilten Auftrages geschlossen worden ist, in jedem Falle gegen den Dritten unmittelbar klagen könne, ohne einer förmlichen Cession oder der Anwendung einer sog. actio utilis zu bedürfen." a.a.O., 15. Theil, § 958, S. 326 ff.

8) Zschr. f. HR Bd. 1o, S. 187: "Der Contractswille erzeugt sich in der Person des Vertreters, allein dieser Wille gilt rechtlich als Wille des Vertretenen."
a.a.O. S. 226: "Der Wille und dessen Erklärung sind nach der Person des Stellvertreters, die aus der Willenserklärung hervorgehenden Rechte und Verbindlichkeiten nach der Person des Vertretenen zu beurtheilen."

Unger[9], Gareis[10], Buchka[11] Sintenis[12],

---

9) Österreich. Privatrecht, 2. Bd. S. 129 ff.
Everding, a.a.O. S. 65/66, behauptet, Unger sei in der Annahme der Fiktion so weit gegangen, daß er den Vertretenen in jeder Beziehung als den Contrahierenden angesehen habe, mit der Folge, daß alle wesentlichen Geschäftsgültigkeitserfordernisse, ebenso wie Irrtum, Kenntnis etc. allein aus der Person des Vertretenen zu beurteilen seien. Die von ihm zitierten Stellen (a.a.O. S. 136) lassen jedoch m.E. diesen Schluß nicht zu. Auch sagt Unger auf S. 136 wörtlich: ".... derjenige, der wirklich handelt, wird in Anbetracht der juristischen Wirkungen seiner Handlung so angesehen, als hätte er nicht gehandelt, und derjenige, welcher in der That nicht selbst gehandelt hat, wird in jener Beziehung so behandelt, als hätte er die Handlung vorgenommen: die Handlung des einen gilt als die Handlung des anderen." Hiermit gibt Unger expressis verbis zu erkennen, daß auch er die Fiktion nur in dem genannten beschränkten Umfang annimmt.

10) Verträge z. Gunsten Dritter, S. 15: "Der eigene unabhängige Wille des Stellvertreters wird als derjenige des Prinzipals fingiert."
Derjenige, in dessen Namen der Vertrag geschlossen wurde, ist "in Bezug auf die Wirkungen des Vertrages vermöge Juristischer Fiktion als der Contrahent anzusehen, obwohl er an dem Abschluß desselben thatsächlich keinen Anteil genommen hat."

11) Stellvertretung, S. 206: "Das eigenthümliche Wesen der Repraesentation des Prinzipals durch den Procurator besteht..... darin, daß die Wirkungen des Vertrages vermöge rechtlicher Fiktion auf den ersteren bezogen werden, obgleich die Handlung, durch welche der Vertrag zustande gebracht wird, eine für ihn fremde ist. Die Wirksamkeit des von dem Procurator im Namen des Prinzipals abgeschlossenen Vertrages ist daher aus der Person des ersteren zu beurtheilen."

12) Civilrecht, 2. Bd. S. 147: "Die Handlungen des Stellvertreters gelten also wie die eigenen des Prinzipals. Doch ist zur näheren Bestimmung dieses Satzes nicht außer Acht zu lassen, daß die Handlung selbst die eines Rechtssubjekts, nicht die Wirkung eines bloßen Werkzeugs ist.

Schliemann[13], Wächter[14], Arndts[15], Windscheid[16] und andere.

Diese Auffassung blieb nicht unangegriffen, und Windscheid[17] sah sich deshalb veranlaßt, seine frühere Definition folgendermaßen zu modifizieren: "Nicht zu sagen ist: die Willenserklärung des Vertreters sei die Willenserklärung des Vertretenen; die Willenserklärung des A ist eben die Willenserklärung des A und nicht des B. Aber auch nicht in der Weise,

---

13) Zschr. f. HR, Bd. 16 S. 25 Anm. 21 ".... der de facto zwischen dem Stellvertreter und dem Dritten geschlossene Vertrag gilt de jure als Vertrag des Vertretenen und des Dritten .... Die factischen Fragen nach dem Vorhandensein des Willens und der Erklärung und nach der Übereinstimmung beider müssen nach der Person des Stellvertreters beurtheilt werden, die Fragen nach der rechtlichen Wirksamkeit nach der Person des Vertretenen."
Schliemann wies auch als einer der ersten darauf hin, daß eine Stellvertretung nicht nur bei aktivem rechtsgeschäftlichem Handeln, sondern auch bei der Entgegennahme von Willenserklärungen möglich ist. (a.a.O. S. 26 mit Hinweis auf § 788 des sächsischen Gesetzbuches.)

14) Württemberg. Privatrecht, 2. Bd. S. 676: "Das vom Stellvertreter für die Parthie (den sog. Principal) geschlossene Geschäft gilt gerade so, als ob der Principal es selbst geschlossen hätte und es ausschließlich das Seinige wäre."
In Pandekten, 1. Bd. S. 408 bezeichnet er als Zweck der Stellvertretung: ".... daß das, was unser Vertreter für uns thut, so behandelt werden soll, als ob wir es selbst gethan hätten."

15) Pandekten, S. 399: ".... daß, wenn das Rechtsgeschäft im Namen des Vollmachtsgebers geschlossen, dieser, gleich als ob er selbst der Contrahent wäre, und somit als der unmittelbar und allein Verpflichtete zu betrachten sey."

16) siehe Anm. 17).

17) Pand., 1. Bd. 5. u. folgende Auflagen, S. 194, Anm. 16.

daß man sagt, die Willenserklärung des Vertreters werde für die rechtliche Behandlung als die Willenserklärung des Vertretenen gedacht. Die Handlung des A kann ebensowenig als Handlung des B gedacht werden, wie sie die Handlung des B ist; indem ich die Willenserklärung des A denke, denke ich eben die Willenserklärung des A und die keines anderen. Man muß also sagen, daß als Willenserklärung des Vertretenen gedacht (fingirt) werde, nicht die Willenserklärung des Vertreters, sondern eine Willenserklärung wie die des Vertreters, nicht bloß eine Willenserklärung gleichen Inhalts, sondern eine Willenserklärung mit all den Besonderheiten, welche dieselbe aus dem Zustande des Inneren des Vertreters empfängt, ein Stück Seelenleben von gleicher Beschaffenheit, wie dasjenige, welches sich in dem Vertreter vollzog, als er die Willenserklärung abgab."

Doch nicht alle Vertreter der Lehre, daß der Stellvertreter durch sein Handeln einen anderen berechtige und verpflichte, gaben sich damit zufrieden, dieses Phänomen durch die Annahme einer Fiktion zu erklären, die letztlich immer das Eingeständnis bedeutet, daß die betreffende rechtliche Erscheinung nicht zu erklären sei.[18)]

Das Auseinanderfallen von Ursache und Wirkung - Contrahieren in der Person des Vertreters und Eintritt der unmittelbaren Vertragswirkungen in der Person des Vertretenen -, wird hergeleitet aus dem ausdrücklich oder zumindest stillschweigend erklärten Willen der Beteiligten, der vom Rechte Anerkennung finde.
So sagt Baron[19)]: "..... ist der Vertreter zwar Contrahent, trotzdem aber wird er weder Gläubiger noch Schuldner, weil er es nicht werden will, vielmehr ist dies von Anfang an der Vertretene.", oder Brinz:[2o)] "Stellvertretung ist die

---

18) Buchka, a.a.O., S. 237.
19) Pand., § 223, S. 375.
2o) Krit. Bl. Bd. 2 S. 3.

Vollführung fremder Geschäfte, nicht nur der Wirkung, sondern auch dem Willen nach", bzw."Stellvertretung ist diejenige Intervention in fremden Rechtsgeschäften, bei welcher der Intervenient das Geschäft erklärtermaßen anstatt eines anderen und nur für diesen oder wider diesen verrichtet haben will, und so denn auch mit der Wirkung verrichtet, als ob dieser selbst gehandelt hätte."[21] Erläuternd fügt er hinzu,[22] daß die Action des Vertreters nicht so zu betrachten sei, als habe der Prinzipal selbst gehandelt; es werde hierdurch nur die Richtung der Wirkung bestimmt, die Handlung aber bleibe Handlung des Stellvertreters, was für Irrtum, Kenntnis etc. wichtig sei, ..." denn was die Wirkung anbelangt, so bleibt dem Stellvertreter das Geschäft fremd; sein ist nur die Verrichtung."[23]

Juristisch betrachtet handelt es sich nach Brinz um eine Zersetzung des Geschäfts in Ursache und Wirkung, "um ein Abspringen der That von Thun, vom Thäter auf einen Nichtthäter."[24]
Diese Auffassung wird geteilt von Ihering[25],

---

21) Pandekten, § 577, S. 333.

22) a.a.O., Anm. 3.

23) a.a.O., S. 333.

24) a.a.O. S. 334, Anm. 7;
Krit. Bl. Bd. 2 S. 41: "Wir vermeinen festhalten zu müssen, daß die Handlung etwas Unveräußerliches ist, sie kann immer nur die des Handelnden selbst sein. Der Stellvertreter ist selbst Paciscent, Contrahent... Anders verhält es sich mit den Wirkungen der Handlung: der Stellvertreter kann durch seine eigenen Handlungen einen Dritten zum Gläubiger und Schuldner machen."

25) Geist des röm. Rechts, § 53 S. 176, Anm. 24: "die wahre, echte Stellvertretung beruht auf einer Trennung der Ursache: die Handlung fällt auf die Person des Stellvertreters, die Wirkung: das Recht auf die Person des Repraesentirten; die Stellvertretung schließt eine künstliche Spaltung dessen in sich, was bei der natürlichen Gestalt des Verhältnisses eins ist."

Seuffert[26], Regelsberger[27], Beseler[28], Keller[29], Zimmermann[3o] und

---

26) Ratihabition, S. 59: "Stellvertretung im eigentlichen Sinne, sog. offene Stellvertretung, ist bloß da vorhanden, wo eine Person für und im Namen einer anderen Person ein Rechtsgeschäft abschließt und dadurch die Wirkungen hervorbringt, daß diese Person direct aus dem betreffenden Rechtsgeschäft berechtigt und verpflichtet wird."

27) Pandekten, 1. Bd. S. 581: "Stellvertreter ist, wer durch seine Willensbetätigung für einen anderen und statt desselben mit der Absicht ein Rechtsgeschäft errichtet oder eine Willenserklärung entgegennimmt, daß die rechtlichen Wirkungen unmittelbar in der Person des Vertretenen entstehen." Krit. Vjschr. Bd. 11, S. 368/369: "Die Stellvertretung ist eine künstliche Schöpfung; sie "beruht auf der Trennung von Ursache und Wirkung" (Ihering). Der Funke, welcher durch die Handlung des Vertreters erzeugt wird, springt über auf die Person des Vertretenen."
Die Vollmacht sieht Regelsberger dabei als Leitapparat an.

28) System, 2. Bd. S. 277: "Daß nun Stellvertretung, d.h. Vollführung fremder Geschäfte nicht nur der Wirkung, sondern auch dem Willen nach, wie in dem älteren Recht, so im heutigen als leitendes Princip für das Mandatsverhältnis zur Geltung gelangt ist, wird fast allgemein anerkannt, und zwar nach beiden Seiten der Obligation hin, so daß der Bevollmächtigte den Principal unmittelbar berechtigt und verpflichtet, selbst aber, soweit er sich innerhalb seiner Vollmacht hält, von dem Rechtsgeschäft nicht betroffen wird."

29) Pandekten, § 61, S. 122: "Wo der Stellvertreter wirklich im Namen des Vertretenen handelt und seine (vorgängige oder nachherige) Vollmacht sich in Ordnung befindet, bezieht sich die ganze Rechtswirkung aktiv und passiv auf den Vertretenen; der Stellvertreter bleibt ganz unbeteiligt."

3o) Stellv. neg. gestio, S. 41: "Wir sind also der Ansicht, daß der Stellvertreter selbst und nur Er das Rechtsgeschäft abschließt.... Was den Principal wirklich und wahrhaftig trifft, das sind nur.... die rechtlichen Wirkungen des Geschäfts."

Curtius.[31]

In den praktischen Ergebnissen kommen sich Fiktionstheorie und Separationstheorie gleich: Für die Beurteilung des Vertragsabschlusses ist die Person des Vertreters, für die Beurteilung der Vertragswirkungen die des Vertretenen maßgeblich; bei Weisungen des Vertretenen kann außerdem dessen Kenntnis, Irrtum etc. daneben in Betracht kommen.[32] Allgemein wird neben der Vollmachtserteilung, durch welche die Vertretungsbefugnis begründet wird, für den Eintritt der unmittelbaren Stellvertretungswirkungen für erforderlich gehalten, daß der Stellvertreter im fremden Namen, also mit Bezugnahme auf den Vertretenen handle, wobei es als ein Handeln im fremden Namen auch angesehen wird, wenn die Bezugnahme auf den Vertretenen nicht ausdrücklich erfolgt, sondern nur die Umstände für den Vertragspartner ergeben, daß der Vertreter seine Vertragserklärung in der Absicht abgegeben habe, den Vertretenen unmittelbar hierdurch zu berechtigen und zu verpflichten.
Eine Ausnahme hiervon macht Sintenis für den Erwerb durch Vermittlung eines Vertreters. Falls die Vertretungsbefugnis bestand, läßt er den unmittelbaren Erwerb des Vertretenen auch aus dem Eigencontract des Vertreters, der ohne jede Bezugnahme auf den Vertretenen geschlossen wurde, eintreten.[33]

---

31) AcP, Bd. 58, S. 7o: "Stellvertreter ist Derjenige, welcher im Namen eines anderen contrahirt. Hieraus ergibt sich der Unterschied vom Boten, der nicht selbst contrahirt, sondern nur dem Contrahenten dient." S. 75: "Wer als Stellvertreter contrahirt, will, daß ein anderer aus dem Vertrage berechtigt und verpflichtet werde. Diese Wirkung des Vertrages muß gewollt und dieser Wille muß erklärt sein." S. 86 "Auch eine Fiction, daß der Vertretene der Contrahent sei.... ist dem heutigen Recht so fremd wie dem römischen." S. 87: "Das Charakteristische an der Stellvertretung ist vielmehr gerade dieses, daß der Contrahent und das Subjekt der Obligationes ex contractu verschiedene Personen sind."

32) Vgl. Laband, a.a.O. S. 124-216; Buchka, a.a.O. S. 2o6; Schliemann, a.a.O. S. 22; Sintenis, a.a.O. S. 147; Hupka, a.a.O. S. 41 ff; Windscheid, Pand. 1. Bd. 3. Aufl., S. 174; Brinz, Pand. S. 364/365; Regelsberger, Pand. S. 582/583; Wächter,Württemberg.PrR, S. 684; Unger, Pr.R. S. 134 Anm. 19, S. 136, Anm. 28.

33) a.a.O. S. 369-372.

Im Gegensatz zu einem vertretungsweise geschlossenen Verpflichtungsgeschäft sieht Sintenis keine Benachteiligung des Dritten darin, daß er nicht schon bei Vertragsschluß wußte, daß der Vertretene sein Vertragspartner werde.

Die neue Auffassung von der Stellung des Stellvertreters bei Abschluß des Geschäftes für den Vertretenen bedingt eine neue Auffassung des Rechtsgeschäfts, das seine Vertretungsmacht begründet. Weder nach der Theorie Mühlenbruch's noch nach der Theorie v. Savigny's ist die Vollmacht die Ermächtigung zu einem rechtsgeschäftlichen Handeln, das unmittelbar Vertragswirkungen in der Person des Vertretenen hervorruft. Nach der Lehre Mühlenbruch's schließt der Vertreter zwar selbst das Geschäft mit dem Dritten, doch wird auch er selbst hieraus primär berechtigt und verpflichtet, so daß der zu dem Geschäftsabschluß erteilte Auftrag aller Besonderheit entbehrt. Nach der Meinung v. Savigny's erklärt der Vertreter nur einen fremden Willen, indem er den Willen des Vertretenen praecisiert, so daß das Mandat als Botenmandat behandelt werden kann.
Nun aber, auf dem Boden der dritten Theorie in allen ihren Varianten, ergibt sich die Besonderheit dieser Ermächtigung, und nun werden auch die Konsequenzen gezogen und die Vollmacht als ein vom Auftrag verschiedenartiges Rechtsgeschäft erkannt, durch welches allein die Vertretungsbefugnis erteilt werden kann.

Bei Puchta[34], Brinz[35] und Ihering[36] klingt der Gedanke

34) Pand., § 275 S. 368.

35) Krit. Bl. Bd. 2 S. 7 ff.

36) Ih. Jhb. Bd. 1 S. 315: "Bei mandatirter Stellvertretung nämlich bezeichnet Mandatar und Mandant das relative Verhältnis zwischen diesen beiden Personen, die innere Seite des Verhältnisses, Stellvertreter und Prinzipal hingegen ihre Qualität dritten Personen gegenüber, ihren absoluten Charakter, die äußere Seite des Verhältnisses. Die eine Seite ist für die andere vollkommen gleichgültig und einflußlos, ihr Zusammentreffen ein zufälliges, was am besten daraus hervorgeht, daß es Mandatare gibt, die keine Stellvertreter sind, und Stellvertreter, die keine Mandatare sind."

einer Trennung von Vollmacht und Mandat bereits an, ohne daß von diesen Juristen die Trennung allerdings bereits konsequent durchgeführt würde. Mandatarstellung und Vertreterstellung werden von ihnen noch als die zwar verschiedenen Seiten ein- und desselben Rechtsgeschäfts gesehen.
Erst Laband[37] macht den weiteren Schritt. Bei ihm ist die Trennung klar und endgültig durchgeführt.
Er sagt folgendes:
Das Mandat kann ohne Vollmacht, die Vollmacht, die nicht eine Qualifikation des Mandates ist, kann ohne Mandat erteilt werden. Wird ein Mandat zum Vertragsabschluß im eigenen Namen erteilt, so liegt ein Fall des echten römischen Mandats vor, und dieses Mandat berechtigt keineswegs zur Stellvertretung. Wird dagegen eine Vollmacht erteilt, so ist die Befugnis zur Vertretung gegeben. Um die völlige Unabhängigkeit der Vollmacht von dem Innenverhältnis, mag dieses auf Mandat, Dienstmiete etc. beruhen, darzutun, bringt Laband das nachstehende Beispiel: Die Prokura ist unbeschränkbar, im Innenverhältnis können aber Beschränkungen vorgenommen werden. Dieses ist für die Gültigkeit der prokuragemäß vorgenommenen Geschäfte jedoch ohne Bedeutung, denn "die Vollmacht gewährt die Möglichkeit, durch die eigenen, im fremden Namen abgeschlossenen Verträge einen anderen zu berechtigen und zu verpflichten, gleichviel, ob dieser andere den Abschluß dieses bestimmten Vertrages angeordnet, ob er dem Ermessen des Bevollmächtigten einen freien Spielraum gewährt oder ob er den Abschluß dieses Vertrages geradezu untersagt hat - der Auftrag ist also für die Stellvertretungsbefugnis irrelevant."[37] Dieses gilt nicht nur für die Vollmacht mit gesetzlich fixiertem Umfang, wie es die Prokura ist: "Allein auch wenn der Umfang der Vollmacht lediglich durch die Vereinbarung der

---

37) a.a.O. S. 2o6.
38) a.a.O. S. 2o6/2o7.

Parteien bestimmt wird, kann die Vollmacht viel umfassender sein als der dem Bevollmächtigten ertheilte Auftrag. Wenn z.B. dem Procuristen die Befugniß zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken besonders ertheilt, also der gesetzliche Umfang der Vollmacht freiwillig erweitert wird, Art. 42 Abs. 3, so sind die von ihm in Betreff der Grundstücke des Principals contrahirten Rechtsgeschäfte für den Principal rechtsverbindlich, wenngleich der Principal den Procuristen ausdrücklich angewiesen hat, über Grundstücke keine Verfügung zu treffen, die der Principal nicht vorher genehmigt hat."[38]

Und Laband schließt die Erörterung mit den Worten:[39] "Aus den vorstehenden Erörterungen ergiebt es sich, daß es Mandate ohne Vollmacht, Vollmachten ohne Mandate giebt, daß endlich Vollmacht und Mandat auch zusammenfallen und völlig congruent sein können. Sonach ist eine scharfe Trennung dieser beiden Begriffe eine juristische Nothwendigkeit. Es sind zwei ganz verschiedene Rechtsgeschäfte, die andere Voraussetzungen, einen anderen Inhalt und andere Wirkungen haben."

Doch sieht Laband, der so als erster die Lehre von der Abstraktheit der Vollmacht aufstellte, deren eigentliche Natur als die eines reinen Ermächtigungsaktes noch nicht ganz richtig, wenn er behauptet:[4o] "Der Bevollmächtigungsvertrag ist ein Consensualvertrag, durch welchen die Contrahenten sich gegenseitig verpflichten, daß Rechtsgeschäfte, welche der Bevollmächtigte Namens des Vollmachtgebers abschließen wird, ihrer Wirkung nach so angesehen werden sollen, als hätte sie der letztere selbst abgeschlossen."

Dagegen wendet sich denn auch Regelsberger:[41] "Daß die Vollmacht nur auf dem Willen des Machtgebers ruht, zeigt

---

38) a.a.O. S. 2o6/2o7.
39) a.a.O. S. 2o8.
4o) a.a.O. S. 2o8.
41) Krit.Vjschr. Bd. 11 S. 369.

sich darin, daß sie durch die einseitige nachträgliche Genehmigung unter allen Personen ..... ersetzt wird. Man sollte daher nicht von einem Vollmachtsvertrag sprechen, denn was man Annahme der Vollmacht nennt, ist entweder eine rechtlich bedeutungslose Erklärung oder die Übernahme der Verbindlichkeit zur Ausführung, ein Moment, das über das Vollmachtsgeschäft hinaus liegt und dem Auftragsverhältnis angehört."
Erstaunlicherweise ist auch Dernburg, ein Anhänger v. Savigny's, einer derjenigen, die erkannten, daß die Vollmachtserteilung ein einseitiger, ermächtigender Akt ist, der unabhängig vom Auftrag erteilt wird.

Juristisches Allgemeingut wird Laband's Lehre von der Unabhängigkeit der Vollmacht aber nicht sogleich. Manche, und nicht nur die Vertreter der Zessions- oder Geschäftsherrntheorie, für die wenig Anlaß zur Übernahme der neuen Anschauung besteht, setzen weiterhin Vollmacht und Auftrag gleich[43], obwohl Laband ausführlich darlegt, daß bereits im HGB mit wenigen Ausnahmen die Unterscheidung von Vollmacht und Auftrag getroffen ist.[44]
Völlig verkannt werden Laband's Ausführungen nicht nur von v. Canstein[45], sondern auch von Curtius, dem die Annahme einer besonderen Vollmachtserteilung gänzlich überflüssig erscheint:[46] "Gilt nämlich directe Stellvertretung, besteht der Rechtssatz, daß das im Namen und Auftrag des Vertretenen geschlossene Geschäft diesen berechtigt und verpflichtet, so ist es überflüssig, daß diese Rechtswirkung durch einen besonderen Vertrag zwischen Prinzipal und Stellvertreter ausgemacht wird. Besteht aber jener Rechtssatz nicht, so kann derselbe auch nicht durch einen Vertrag zwischen dem Principal und dem Stellvertreter für die Verträge des letzteren geschaffen werden."

---

43) Vgl. Wächter, W.Pr.R., 2. Bd. S. 678.
44) a.a.O. S. 209 ff.
45) s. Anm. 37, S. 101; vgl. auch Hupka, a.a.O. S. 17 ff.
46) AcP, Bd. 58 S. 80.

Mit seinen eigenen Worten widerlegt sich Curtius. Er hat zwar völlig recht, daß erste und entscheidende Voraussetzung wirksamer direkter Stellvertretung deren Anerkennung im Rechte ist. Ist diese nicht gegeben, so kann auch die Erteilung einer Vollmacht keine Vertretungswirkungen herbeiführen. Curtius selbst aber setzt für den konkreten Einzelfall neben der Existenz dieses Rechtssatzes, daß gültige direkte Stellvertretung zulässig sei, einen besonderen Tatbestand der Vertretung voraus: das Geschäft muß nach seinen eigenen Worten im Namen und Auftrag des Vertretenen geschlossen werden, d.h. die Vertretungsbefugnis muß dem Vertreter, soweit es sich nicht um eine gesetzliche Vertretung handelt, vom Vertretenen erteilt sein.[47] Curtius sieht die Erteilung dieser Befugnis in der Erteilung des Auftrags, und darin zeigt sich, daß er das Wesentliche in Laband's Ausführungen, der endlich eine klare Trennungslinie zwischen Innen- und Außenverhältnis zog, nicht erfaßt hat.[48]

Die neue Auffassung von der Stellung des Vertreters bei Vertragsschluß führt noch zu einer weiteren Erkenntnis. Ebenso wie allmählich Vollmacht und Auftrag als zwei selbständige Rechtsgeschäfte erfaßt werden, betrachtet man die Bevollmächtigung und das vom Vertreter im fremden Namen mit dem Dritten vorgenommene Geschäft als zwei voneinander unabhängige Geschäfte; der Prinzipal ist an dem Geschäft des Vertreters mit dem Dritten nach der neuen Anschauung nicht mehr unmittelbar beteiligt. Man geht nicht länger davon aus, daß der Mandats- bzw. Vollmachtswille des Vertretenen sein vom Vertreter zu praecisierender Vertragsconsens zu dem mit dem Dritten abzuschließenden Geschäft sei.

Wieder ist es Laband, der auch hier klar hervorhebt:[49] "Hierbei muß man aber den Bevollmächtigungsvertrag, welcher

---

47) Vgl. a.a.O. S. 8o/81.

48) Vgl. dazu auch Hupka, a.a.O. S. 13 ff.

49) a.a.O. S. 229.

zwischen dem Bevollmächtigten und dem Vollmachtgeber geschlossen wird, und den von dem Bevollmächtigten als Stellvertreter des Vollmachtgebers mit dem Dritten abgeschlossenen Vertrag streng auseinanderhalten."

Von der gleichen Erkenntnis geleitet wird Zimmermann: er sieht den Stellvertreter als den allein Handelnden an, denn der Mandant will den Vertrag ja gerade nicht schliessen. Hat er dem Stellvertreter eine allgemein gehaltene Vollmacht erteilt, und hat dieser "auf Grund einer allgemein gehaltenen Bevollmächtigung wirklich contrahirt, so ändert sich der 'allgemeine' Wille des Mandanten nicht im Geringsten. Er bleibt, Was er war: eine (allgemeine) Bevollmächtigung zu kontrahiren, er verwandelt sich nicht nachträglich in einen eigenen Vertragswillen ..... Ist der Kontrakt vom Stellvertreter auf Grund einer speziellen Bevollmächtigung abgeschlossen worden, so steht die Sache gerade so: Denn daß dem Stellvertreter hier weniger Erwägungen anheimgegeben worden sind, ist für die juristische Beschaffenheit des Vertrages selbst ganz gleichgültig. Den juristisch entscheidenden, den rechtsgeschäftlichen Entschluß hat auch hier nur Er gefaßt."[50] Und in gleicher Weise führt er zur stellvertretenden negotiorum gestio aus:[51] Was Seitens des Principals noch aussteht, ist nicht die Acceptation, also ein Stück des Vertrages selbst, sondern die Ratihabitio, d.h. ein einseitiges, den geschehenen Vertragsabschluß billigendes Rechtsgeschäft."

Auch Hupka äußert, indem er der Laband'schen Trennung voll zustimmt:[52] "Während der Rechtsgeschäftswille, wie er vom Stellvertreter namens des Prinzipals erklärt wird, auf die Begründung einer konkreten Rechtsveränderung gerichtet ist, enthält die Vollmacht keine unmittelbare Disposition des Prinzipals, sondern bloß die Zustimmung

---

50) a.a.O. S. 39/40.

51) a.a.O. S. 40.

52) a.a.O. S. 32.

zu rechtlichen Dispositionen, die eine andere Person in seinem Namen künftig vornehmen soll. Indem ich jemand ermächtige, in meinem Namen einen Vertrag zu schließen, offeriere und acceptiere ich nicht selbst, sondern erkläre, daß ich mit der Offerte oder Acceptation meines Stellvertreters einverstanden bin. Nur dann, wenn ich einem Anderen den Auftrag gebe, eine rechtsgeschäftliche Erklärung ohne vorherige Verhandlung als meine fertige, d.h. in allen Punkten bereits feststehende Erklärung dem Dritten auszurichten, schließe ich selbst das Rechtsgeschäft durch die Mittelsperson."

Es gelingt nun auch die Trennung der Stellvertretung von verwandten Rechtsfiguren in aller Schärfe, wenn dadurch allerdings auch im Einzelfall nicht alle Abgrenzungsschwierigkeiten ausgeräumt werden können. Der Begriff des Boten verschwindet wieder aus der Stellvertretungslehre. Als entscheidendes Kriterium für seine Ausklammerung wird dabei angesehen, daß der Bote nicht wie der Vertreter seinen eigenen Willen erklärt, sondern eine fremde Willenserklärung überbringt.[53]

Curtius bringt für die im konkreten Fall oft schwer zu treffende Abgrenzung im Bereich der Verträge einen Gedanken, der häufig die Entscheidung, ob Botenschaft oder Vertretung vorliege, zu erleichtern vermag, selbst dann, wenn er nicht in der ganzen Schärfe von Curtius angewandt wird:[54]

"Natürlich darf die Mittelsperson als Stellvertreter nur dann aufgefaßt werden, wenn sie auch zur Entgegennahme der Acceptation bevollmächtigt ist. Denn ohne dies kann die ihm gegebene Erklärung nicht als dem Mandanten gegeben gelten."

---

53) Vgl. Ihering, a.a.O., S. 278; Unger, a.a.O. S. 129/130; Schliemann, a.a.O. S. 5 u. 17; Laband, a.a.O. S. 189; Buchka, a.a.O. S. 206; Zimmermann, a.a.O. S. 23/24, der den Unterschied in folgendem sieht: "Der Stellvertreter hebt sich dadurch vom Boten ab, daß er sich als selbstwollend nach Außen hin darstellt. Auch bei ihm ist es also gleichgültig, ob er (innerlich) die Entscheidung, daß das Rechtsgeschäft abgeschlossen werde, erst selber trifft, oder ob der Prinzipal diese Entscheidung schon getroffen hat, ... nur darauf kommt es an, daß er der Außenwelt, also bei Verträgen dem dritten Mitpaciscenten gegenüber als selbstwollend aufgetreten ist."

54) a.a.O. S. 74.

Wie Zimmermann[55] richtig nachweist, ist es entgegen der Ansicht von Curtius theoretisch durchaus möglich, daß jemand bezüglich der Offerte bevollmächtigter Vertreter ist, die Acceptation des Dritten aber nur als dessen Bote dem für die Offerte Vertretenen überbringt, eben weil der letztere die Acceptation selbst entgegen zu nehmen wünscht. Doch wird es sich hierbei um einen Ausnahmefall handeln. Gingen die Beteiligten davon aus, daß der Vertrag mit der der Mittelsperson gegenüber erklärten Acceptation des Dritten in der Weise perfekt werde, daß die Vertragswirkungen unmittelbar und sofort in der Person des Vertretenen entstünden, so liegt direkte Stellvertretung im ganzen Vertragsabschluß, und keine Botenschaft vor. Insoweit ist der Gedanke von Curtius der Abgrenzung sehr förderlich.
Auch von der sog. mittelbaren Stellvertretung, vorzüglich dem Commissionsgeschäft, wird die echte Stellvertretung jetzt deutlich unterschieden, was vor allem Ihering's Bemühungen zu danken ist.[56]
Der Commissionär schließt einen gewöhnlichen Eigencontract, und gemäß den üblichen Wirkungen eines derartigen Vertrages wird er der ausschließliche Gläubiger und Schuldner der vertraglich begründeten Rechte; der Prinzipal wird hier nicht unmittelbar aus dem Vertrag betroffen. Daran ändert auch die Absicht des Commissionärs, für den Committenten zu contrahieren, nichts: "Diese Absicht tritt äußerlich gar nicht hervor, und gesetzt auch, sie täte es, diese Absicht wäre ja nichts als Motiv der Handlung, die Motive aber sind im Allgemeinen vollkommen gleichgültig."[57]

Und auch die Besonderheiten eines Vertrages zu Gunsten Dritter gegenüber einem vertretungsweise vorgenommenen Geschäft werden eindeutig analysiert: So sagt Brinz:[58]

---

55) a.a.O. S. 45/46.
56) a.a.O. S. 312 ff.
57) Ihering, a.a.O., S. 32o/321.
58) Pandekten, 4. Bd., S. 385.

"Wer ein factum an Dritte sich versprechen läßt, intendiert das Forderungsrecht für sich selbst, und nur den Inhalt des letzteren für Dritte, während der Stellvertreter auf der Gläubigerseite sich selbst nicht berechtigt haben will"; und Gareis definiert[59] das Wesen eines Vertrages zu Gunsten Dritter dahin: "Der Wille des Dritten wird weder wirklich noch fingiert im Geschäfte erklärt. Das Geschäft ist gar nicht Geschäft des Dritten, sondern ein Vertrag der zwei Kontrahenten allein, aber zu Gunsten des Dritten, so daß dieser unmittelbar und ohne auch nur vertreten zu sein, beim Vertragsschluß aus diesem ein wirkliches Recht erwirbt." (womit er den sog., echten Vertrag zu Gunsten Dritter anerkennt.) Ähnlich äußert sich Windscheid:[60] "Wer einen Vertrag im Namen eines Anderen abschließt, will, daß der Andere rechtlich als Vertragsschließender in Betracht kommen soll; wer einen Vertrag zu Gunsten eines Anderen abschließt, will selbst als Vertragsschließender rechtlich in Betracht kommen, aber sein Vertrag soll eine rechtliche Wirkung für einen Anderen erzeugen." Nach Laband[61] besteht der Unterschied darin, "daß bei dem durch einen Stellvertreter abgeschlossenen Geschäft der Vertretene das unmittelbare Subjekt der daraus hervorgehenden Rechte und Pflichten ist, als hätte er selbst contrahirt; bei dem zu Gunsten eines Dritten abgeschlossenen Geschäfte dagegen der Contrahent selbst das Subjekt der Obligation ist und die stipulirte Leistung nur einem Dritten zukommen soll." Am klarsten aber stellt Zimmermann die Verschiedenheit beider Rechtsgeschäftstypen dar:[62] "Bei der Stellvertretung macht der Promittent dem Dritten eine ökonomische Zuwendung; diesem Dritten gegenüber verfolgt er auch eine causa. Der Stellvertreter bewährt sich also auch hier als Einer, welcher

59) a.a.O. S. 34.
60) Pand, 2. Bd., 3. Aufl. S. 196 Anm. 14.
61) a.a.O. S. 194/195.
62) a.a.O. S. 84/85.

das Selbstcontrahieren des Prinzipals wirklich und wahrhaft ersetzt. Eine Zuwendung des Promittenten an den Stellvertreter liegt ebensowenig vor, wie eine Zuwendung des Stellvertreters an den Prinzipal. Im Vertrag zu Gunsten Dritter aber sind zwei wirtschaftliche Zuwendungen enthalten, eine solche des Promittenten an den Promissar und eine solche das Promissars an den Dritten. Jede der beiden Zuwendungen hat natürlich ihre causa. Eine Zuwendung des Promittenten an den Dritten liegt nicht vor. Nunmehr erst ist es klar, inwiefern wir sagen dürfen, daß der Stellvertreter ein 'fremdes Geschäft', der zu Gunsten eines Dritten Kontrahierende dagegen ein 'eigenes Geschäft' vornimmt .... Bei der Stellvertretung handelt es sich um ein eingliedriges, beim Vertrag zu Gunsten Dritter um ein zweigliedriges Geschäft."
Auffallend ist dagegen, daß das gesamte rechtsgeschäftliche Handeln des Stellvertreters, vorzüglich seine gesamte Tätigkeit bei Abschluß eines Vertrages, noch nicht allzuhäufig im Problemkreis der direkten Vertretung zur Sprache kommt. So polemisiert Brinz[63] gegen Schliemann und Zimmermann, daß in der Entgegennahme einer gegnerischen Willenserklärung nie Stellvertretung liegen könne, weil der Empfänger sich dabei rein passiv verhalte, ohne ein Wort darüber zu verlieren, ob er selbst insoweit die Mittelsperson dann als Boten auffasse. Das müßte allerdings zu dem Ergebnis führen, daß für die Tätigkeit eines Vertreters bei Vertragsschluß teils Boten- teils Vertretungsgrundsätze zur Anwendung kämen; ein wenig befriedigendes Ergebnis.

Eine vieldiskutierte Frage bei den Vertretern der Repraesentationstheorien ist die der Haftung des falsus procurator.

Einigkeit besteht lediglich darüber, daß der Vertreter, der dolos eine Vollmacht vorspiegelte, mit der actio doli auf Schadensersatz belangt werden könne. Für die übrigen

63) Pandekten, 4. Bd., S. 333.

Fälle werden die verschiedensten Konstruktionen vorgeschlagen:
Einen gewissen Rückfall in das römischrechtliche Denken bedeutet Buchka's Lösungsvorschlag. An dessen Spitze stellt er den Satz:[64] "Damit der Vertrag des Mandatars rechtlich als derjenige des Mandanten angesehen werden könne, ist vor allem nothwendig, daß sich der erstere bei Abschließung des Vertrages dem anderen Contrahenten ausdrücklich oder stillschweigend als den Repraesentanten des letzteren darstelle. Außerdem wird die Existenz des Mandates wesentlich erfordert; denn beim Nichtvorhandensein desselben kann niemand durch die Handlungen eines Dritten verpflichtet werden, welcher sich fälschlich als Bevollmächtigten darstellt.", und fährt dann fort: "Wenn aber wegen mangelnden Mandates die rechtlichen Wirkungen des Vertrages nicht auf den Dritten bezogen werden können, auf dessen Namen derselbe geschlossen worden ist, so fällt der Grund für die Befreiung des Mandatars von der Obligation fort. Er wird in diesem Fall verpflichtet, weil er überhaupt nur insofern nicht als Contrahent angesehen werden will, als die von ihm als Mandant bezeichnete Person nach dem Vertrage dafür gelten soll."
Sintenis wendet sich darum auch gegen diese Ansicht, weil nach der modernen Vertretungslehre der Vertreter nie Partei sei, also auch nicht der falsus procurator als sekundärer Vertragsschuldner belangt werden könne.[65]
Andere versuchen mit einem Garantieversprechen des Vertreters zu helfen.Das ist unproblematisch, wenn der falsus procurator ausdrücklich oder erkennbar concludent die Garantie für den Vollmachtsbestand bzw. dafür übernommen hat, daß der Vertretene das in seinem Namen abgeschlossene Geschäft genehmigen werde. Daß dies aber einer der seltensten Fälle ist, erkennt insbesondere Windscheid und unterstellt deshalb, daß in jedem Contrahieren eines Nichtberechtigten

64) a.a.O. S. 237/238.
65) Pandekten, S. 38o.

im fremden Namen ohne Angabe des Vollmachtsmangels die stillschweigende Übernahme einer derartigen Garantie liege.[66]

Da jede stillschweigende Willenserklärung das Vorhandensein eines entsprechenden Willens voraussetzt, wird diese Konstruktion überall da fehlerhaft, wo der Vertreter irrtümlich an den Vollmachtsbestand glaubte, und sich deshalb zu einer Garantieübernahme gar nicht veranlaßt fühlen konnte.

Unger[67] hält Windscheid darum auch entgegen, daß die Unterstellung eines Garantieversprechens in den meisten Fällen auf die Annahme einer Fiktion hinauslaufe, um auf diesem Wege eine vom Verschulden unabhängige Haftung des falsus procurator zu erzielen. Seiner Auffassung nach ergibt sich dessen Haftung aus dem Grundsatze, daß der gutgläubige Empfänger einer Willenserklärung sich darauf verlassen können müsse, daß dieselbe dem Willen des Erklärenden entspreche , und "auf demselben Prinzip beruht es auch, daß derjenige, der sich als Vertreter gerirt, dies auf eigene Gefahr thut: wenn der Vertretene das von dem Vertreter abgeschlossene Geschäft nicht genehmigt, so haftet diesem der falsus procurator, mag er sich über die Existenz und Umfang der Vertretungsmacht in noch so entschuldbarem Irrtum befunden haben.... der Erklärende haftet hiernach nicht aus der Erklärung, sondern wegen der Erklärung."

Regelsberger[68] sucht die Haftung des falsus procurator mit dem deutschrechtlichen Prinzip der Haftung für jede Schadensverursachung zu begründen; da diese Haftung von Verschulden unabhängig ist, erscheint ihm ansich der Ersatz des negativen Interesses als ausreichend. Doch ist nach seiner Meinung dieser Schaden oft schwer beweisbar, weshalb er es als die gerechtere Lösung erachtet, den Anspruch auf

---

67) Ih. Jhb. Bd. 3o S. 381 mit 383.

66) Pandekten, 3. Aufl., § 74 S. 178.

68) Pandekten, § 164, S. 6oo .... "Bestandteil des heutigen Rechts ist der Satz, daß für Schadensverursachung gehaftet werde, somit haftet auch der Stellvertreter für

Vertragserfüllung zu gewähren, eventuell mit der in HGB und WO vorgesehenen Wahlmöglichkeit.
Zimmermann dagegen, der ebenso wie die Mehrzahl annimmt, daß das vertretungsweise ohne Vollmacht geschlossene Geschäft bei Ausbleiben der Genehmigung wirkungslos sei[69], leitet für die Fälle, in denen der Bestand der Vollmacht von dem Vertreter behauptet wird, aus der bona fides eine der jeweiligen Vertragsart entsprechende Haftung desselben her, die seiner Ansicht nach unabhängig von culpa einen Erfüllungsanspruch begründet. Keine Haftung nimmt er an, wenn der Vertrag in der beiderseitigen Erwartung abgeschlossen wurde, die Genehmigung werde erfolgen.[7o]
Ihering[71] begründet die Haftung des vollmachtslos handelnden Vertreters, da er ihn als Contrahenten auffaßt, mit der culpa in contrahendo, denn den Stellvertreter treffe das Gebot der contractlichen diligentia.
Ihm folgt Laband[72] und stellt folgende, zu unterscheidende Fälle auf: Kennt der Dritte den Vollmachtsmangel, so erfolgt der Geschäftsabschluß unter der Bedingung der Ratihabition. Handelt der Dritte in Unkenntnis des Vollmachtsmangels, so ist das Geschäft bei Ausbleiben der Genehmigung unwirksam. Eine Haftung des Vertreters kann nur aus culpa in contrahendo begründet sein. Diese kann in dem absichtlichen oder nachlässigen Versäumen, auf den Vollmachtsmangel aufmerksam zu machen, liegen. Keine Ersatzpflicht trifft den falsus procurator, wenn er unverschuldet irrte oder wenn eine beiderseitige fahrlässige Unkenntnis über den Mangel vorlag. Haftet der Vertreter, so haftet er auf das positive Interesse.
Curtius[73] läßt den Stellvertreter aus dem von ihm geschlossenen Vertrag haften, "denn wenn er auch nicht selbst den Vertrag zu erfüllen verspricht, so verspricht

---

69) a.a.O. S. 286 u. 293 ff.
7o) a.a.O. S. 299.
71) a.a.O. S. 52/53.
72) a.a.O. S. 231-237.
73) a.a.O. S. 1o1/1o2.

er doch, daß der Vertretene zur Erfüllung verpflichtet sein werde.... Hatte er Vollmacht, so erfüllt er sein Versprechen, indem er contrahirt: der dominus wird verpflichtet. Fehlte aber die Vollmacht, so haftet er, gleichgültig, ob ihn der Vorwurf der culpa trifft oder nicht "

Dazu, wie der vertretungsweise geschlossene Vertrag in derartigen Fällen zu behandeln sei, führt er aus:

"..... und der von dem Stellvertreter geschlossene Vertrag ist dann zu beurtheilen wie andere Versprechen einer unmöglichen Leistung .... Nichtig ist der Vertrag über eine unmögliche Leistung nur dann, wenn dem Promissar die Unmöglichkeit bekannt war .... Kannte aber der Promissar die Unmoglichkeit nicht, so ist der Vertrag gültig .... Versprochen hat der Stellvertreter die obligatio des Vertretenen. Daher kann der Dritte .... nicht verlangen, ... daß der Stellvertreter selbst in den Vertrag eintrete, denn der Stellvertreter hat nicht versprochen, daß der Vertretene erfüllen werde, sondern nur, daß er zur Erfüllung verpflichtet sein werde. Da nun die Verpflichtung als solche nicht geschätzt werden kann, so kann der Dritte nur das sog. negative Vertragsinteresse fordern."

Mit dieser dritten Theorie ist nun eine Konstruktion gefunden, die dem wahren Erscheinungsbild der direkten Vertretung am ehesten gerecht wird. Zu beachten bleibt, daß der Weg zu ihr erst dadurch frei wurde, daß man sich wieder aus der Gebundenheit an das römische Recht löste.

A n h a n g :

Die Rechtsprechung des ROHG und des RG zu Fragen der direkten Stellvertretung

Das ROHG stellte sich unter Berufung auf Buchka, Laband, Wächter, Schliemann, Sintenis u.A. auf den Boden der Repraesentationstheorie, indem es ausführte[74], daß nach der richtigen Ansicht von der Stellvertretung nicht das Unmögliche fingiert werde, daß nicht der Vertreter, sondern der Prinzipal contrahiert habe; vielmehr sei der Vertreter der Contrahent, dem Prinzipal dagegen werde die Handlung nur so zugerechnet, als wäre sie seine eigene, und dies deshalb, weil der Prinzipal das Contrahieren als sein eigenes wolle. So träfen ihn nach dem Willen aller Beteiligten die Rechtswirkungen eines ihm fremden Vertrages unmittelbar und ausschließlich.
Das RG schloß sich dieser Auffassung an und hob dazu hervor[75], daß das Verschulden, die Kenntnis oder Arglist des contrahierenden Vertreters ebenso zugerechnet werden müsse, wie er sich andererseits auf einen Irrtum des Vertreters oder auf gegen diesen begangenen Zwang oder Betrug berufen könne.
Die Person des Vertretenen wurde vom ROHG folgerichtig als maßgeblich erachtet, soweit es sich um die Vertragswirkungen handle; folglich wurde angenommen, daß die Kaufmannseigenschaft des Vertreters das von ihm namens des Prinzipals vorgenommene Geschäft nicht zu einem Handelsgeschäft mache, sondern daß es hierfür darauf ankomme, ob der Vertretene Kaufmann sei.[76]

Trotz einiger Ansätze wurde in der Rechtsprechung des ROHG, und anfänglich auch in der des RG, nicht immer sauber zwischen den Begriffen Vollmacht und Auftrag geschieden.

---

74) ROHG E Bd. 6 S. 4o3 ff (1872).
75) RGZ E Bd. 15 S. 264 ff (1886).
76) ROHG E Bd. 16 S. 28 ff (1875).

In einer seiner ersten Entscheidungen[77] stellte das ROHG Stellvertreter und Commissionär einander gegenüber: Beide sind die alleinigen Contrahenten, beide sind Mandatare, beide handeln "für" einen anderen; der Commissionär für d.h. im Interesse des Committenten, der Stellvertreter für d.h. anstatt des Vertretenen. "Aber der Stellvertreter handelt nicht kraft seines Auftrages, sondern kraft seiner Vollmacht, die wenigstens regelmäßig mit einem Auftrag verbunden, der Commissionär ist blos Beauftragter."
Nach diesen Sätzen sieht es so aus, als sei das ROHG eindeutig davon ausgegangen, daß nur die Vollmacht als ein besonderes, vom Auftrag zu scheidendes Rechtsgeschäft, die Vertretungsbefugnis begründen könne, nie aber der Auftrag.
Doch wie unsicher das ROHG selbst noch in der von ihm verwandten Terminologie war, wie wenig praecise letztlich der Unterschied von Vollmacht und Auftrag von ihm gesehen wurde, läßt das genannte Erkenntnis bereits wenige Zeilen später erkennen. Dort prüfte das Gericht, ob X als Stellvertreter der Beklagten aufgetreten sei: "Die letztere Annahme setzt voraus, daß X von der Beklagten beauftragt war, statt ihrer, d.h. in ihrem Namen, den Vertrag zu schließen, und daß er in ihrem Namen mit den Klägern contrahirt hat." Hier wurde doch wieder der Auftrag als das die Vertretungsmacht begründende Rechtsgeschäft angesehen.
Klarer wurde das Besondere der Vollmacht gegenüber dem Auftrag bei einer Prokura gesehen. Diese bezeichnete das ROHG[78] als Ermächtigung zur Vertretung nach außen, die unabhängig von einem Dienstverhältnis erteilt werden, ebenso aber mit einem solchen in Verbindung stehen könne. Sie gewähre kein Recht zur Vertretung und sei darum jederzeit widerruflich. Im Falle einer gewöhnlichen Vollmacht setzte das ROHG noch in einer seiner letzten Entscheidungen[79] diese mit dem zwischen dem Mandanten und dem Mandatar

---

77)ROHG E Bd. 2 S. 4o2 (1871)
78)ROHG E Bd. 5 S. 348 ff (1872)
79)ROHG E Bd. 23 S. 324 ff (1878)

bestehenden obligatorischen Innenverhältnis gleich.

Nicht ganz klar wird, ob das RG von Anfang die Unterscheidung zwischen Auftrag und Vollmacht machte, denn es argumentierte wie folgt:[80] "Es ist allerdings richtig, daß ein Auftrag ....., in zweifacher Weise gegeben werden kann, entweder so, daß der Beauftragte als Kommissionär, also im eigenen Namen und nur für Rechnung des Auftraggebers, oder daß er in dessen Namen abschließe .... Die beiden Arten von Aufträgen stehen nicht im Verhältnis des Minus und Plus, vielmehr ist von vornerein zu untersuchen, auf welche von beiden Möglichkeiten der Wille des Auftraggebers gerichtet war, beziehentlich, ob nicht der Auftraggeber die Art der Ausführung des Auftrages dem Beauftragten überlassen hat."
Das RG bringt zumindest nicht klar zum Ausdruck, daß der Beauftragte auch im Falle, wo ihm die Art seines Auftretens überlassen blieb, für ein Handeln im fremden Namen, sollte es die beabsichtigten Wirkungen entfalten, der Ermächtigung des Vertretenen hierzu bedürfe.
Das Handeln im fremden Namen wurde als unerläßliche Voraussetzung direkter Stellvertretung erachtet, und das ROHG[81] nahm an, daß das innere Verhältnis zwischen Machtgeber und Bevollmächtigtem, selbst wenn es dem Dritten bekannt sei, keine direkten Rechtsbeziehungen zwischen diesem und dem Machtgeber schaffen könne.
Doch verfuhr es in der Auslegung, wann ein Handeln im fremden Namen vorliege, was sich ja auch aus den Umständen des Vertragsschlusses nach allgemeiner Meinung ergeben konnte, recht weitherzig.
So entschied es[82], es liege auch dann ein Fall der direkten Stellvertretung vor, wenn jemand im eigenen Namen Pferde verkaufe, von denen der Geschäftspartner wisse, daß sie im

---

80) RGZ E Bd. 18 S. 157 ff (1886).
81) ROHG E Bd. 4 S. 172 ff (1871).
82) ROHG E Bd. 18 S. 294 ff (18).

Eigentum eines anderen stünden, der den Verkauf wünsche. Denn hier sei der Verkäufer Commissionär in dem Sinne, in dem der Ausdruck häufig in kleinen Rechtsverhältnissen gebraucht werde. Selbst wenn er in derartigen Fällen im eigenen Namen contrahiere, sei nach der Verkehrssitte normalerweise trotz dieses Auftretens direkte Stellvertretung gegeben, zumindest dann, wenn der Auftraggeber bekanntermaßen Eigentümer des Verkaufsobjektes sei.

Auch in der Rechtsprechung gelang nun die Trennung zwischen einem falsus procurator und jemandem, der zu Gunsten eines Dritten contrahiert: So führte das ROHG[83] aus, der unbevollmächtigte Vertreter wolle, daß der Geschäftsherr rechtlich als Contrahent in Betracht komme; derjenige, der zu Gunsten eines anderen stipuliere, wolle selbst Contrahent sein und bleiben.
Das RG[84] erklärte in einem Spezialfall der Verträge zu Gunsten Dritter, nämlich bei Versicherungsverträgen zu Gunsten eines anderen, für den Rechtserwerb dieser Person deren Beitritt als nicht mehr erforderlich, da die römischrechtlichen Obligationsbegriffe keine Geltung mehr hätten.
Zur Frage der Haftung des falsus procurator, dem umstrittenen Problem der Repraesentationstheorien, nahm das RG unterschiedlich Stellung:
1882 lautete seine Ansicht:[85] Der falsus procurator ist Contrahent im fremden Namen. Der Machtgeber haftet aus seinem Vertrag nur bei Vollmachtsbestand; nur dann bleibt der Bevollmächtigte außerhalb der Verbindlichkeit. Fällt diese Voraussetzung weg, so haftet er als Kontrahent, so daß von ihm die Erfüllung verlangt werden kann. Dem falsus procurator gegenüber ist eine Verbindlichkeit des Dritten nicht existent, und deshalb kann er nicht verlangen, daß seine Bereiterklärung, in den Vertrag einzutreten, als

---

83) ROHG E Bd. 1o S. 267 ff (1874).
84) RGZ E Bd. 9 S. 26o ff (1883).
85) RGZ E Bd. 6 S. 214 ff (1882).

Erfüllung seiner Verbindlichkeit gelte. Der Dritte kann statt Erfüllung auch Schadensersatz verlangen. 1886 ging das RG hiervon ab und nahm an, daß der Stellvertreter nicht aus dem Vertrag hafte, denn in dem Contrahieren im fremden Namen liege die Erklärung, selbst nicht haften zu wollen. Für sich gebe der Stellvertreter aber hierbei die Erklärung ab, daß er bevollmächtigt sei, und aus dieser Erklärung hafte der demjenigen, mit dem er abgeschlossen habe gem. Art. 52 und 298 HGB. Die Klage auf Erfüllung sei nicht die ursprüngliche Contractsklage; der Klagegrund sei vielmehr die Gestion des Beklagten und das Nichtvorhandensein der Vollmacht.[86)]

1895 sprach das RG unter Berufung auf die Entscheidung aus dem Jahre 1882 wieder aus, daß der falsus procurator doch als Contrahent hafte,wie der angebliche Mandant bei Vollmachtsbestand gehaftet hätte. Diese Haftung trete deshalb auch unabhängig davon ein, "ob der Stellvertreter dabei in dolo oder culpa versierte, oder auch ob auf seiner Seite weder dolus noch culpa zu konstatieren ist, er also bona fide sich befand. In allen diesen Fällen besteht die kontraktsmäßige Pflicht des Bevollmächtigten, für die Existenz seiner Vollmacht einzustehen, d.i. so zu haften, wie der angebliche Machtgeber gehaftet hätte, wenn die Vollmacht erteilt wäre." In dem Auftreten des Vertreters im fremden Namen sah das RG nunmehr eine immer gegebene stillschweigende Garantieübernahme für ein berechtigtes Auftreten.[87)]

Die Beweislast für ein vollmachtsloses Handeln wurde dem Kläger aufgebürdet[88)], desgleichen für die Tatsache, daß der Beklagte im eigenen, und nicht im fremden Namen contrahierte.[89)]

---

86) RGZ E. Bd. 18 S. 157 (1886).
87) RGZ E Bd. 35 S. 145 ff (1895).
88) RGZ E Bd. 18 S. 157 ff (1886).
89) RGZ E Bd. 2 S. 194 ff (188o).

9. K a p i t e l

Die Sondermeinungen von Thöl, Kuntze, Schloßmann und Mitteis

Neben den drei Haupttheorien vertraten einige Gelehrte auch ihre Eigenauffassung, die oft erheblich von den herrschenden Meinungen ihrer Zeit abwich. Diese Konstruktionsversuche gewannen zwar praktisch wenig Einfluß, sind aber deshalb in einer Darstellung der Entwicklung des Rechtsinstituts der direkten Stellvertretung nicht von geringerem Interesse, da auch sie zeigen, welche Wege man auf der Suche nach der Lösung des Problems gegangen ist.

Heinrich Thöl hatte in den ersten vier Auflagen seines Handelsrechts bei der Darstellung der Lehre vom Institor, von einigen Modifikationen abgesehen, die Lehre Mühlenbruch's vertreten. In der 5. und 6. Auflage, die beide nach dem Inkrafttreten des HGB erschienen, gab er nunmehr eine eigene Konstruktion mit der Theorie des Doppelvertrages.
Zum Ausgangspunkt nahm er die Erkenntnis[1], daß der Vollmachtswille die Beziehungen zwischen den drei Beteiligten bestimme, und erachtete den Satz als feststehend, daß jemand aus dem Vertrag, den ein anderer mit seinem Willen und in seinem Namen schließe, allein verpflichtet werde. Damit ist der Vertrag für ihn in seiner hauptsächlichsten Beziehung zum Vertrag des Vertretenen geworden, Contrahent aber ist der Stellvertreter auch für ihn geblieben, da er zwar im fremden Namen, aber in eigener Person contrahiert.

Den Anhängern der Fiktions- und Separationstheorien warf er vor, daß sie das Dasein von zwei Verträgen übersehen würden, denn "in dem Vertragsschluß des Bevollmächtigten mit Hinweisung auf eine wirkliche und ausreichende Vollmacht

---

1) 1. Bd., 5. Aufl., § 7o, S. 225.

liegt, während nur ein Vertrag vorzuliegen scheint, der Abschluß von zwei Verträgen mit dem Dritten. Der Dritte hat zwei Contrahenten; um den einen belangen zu können, muß er sich auf seinen Vertrag mit dem anderen berufen. Der Vertreter hat contrahirt, aber für den Vertretenen, und der Vertretene hat contrahirt vermittelst des Vertreters."[2)]

Die Annahme einer Fiktion lehnte er als unsinnig ab unter Anführung des viel zitierten Beispiels: "Wenn der Mandant ein Christ und der mandatar contrahent ein Jude ist, so ist also der Contrahent ein Christ?"[3)]

Für seine eigene, höchst komplizierte und schwer verständliche Theorie gab Thöl verschiedenartige Konstruktionen, denn vor allem in der 6. Auflage seines Werkes spricht er abwechselnd von einem Doppelvertrag mit dem Dritten und von einem dreiseitigen Vertrag unter den drei Beteiligten: "Gewöhnlich offerirt der Bevollmächtigte das Geschäft im Namen des Prinzipals und so acceptirt es der Dritte. Demnach hat die Rechtswirkung des Geschäfts', daß der Prinzipal durch dasselbe dem Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet werde, den dreifachen Willen des Bevollmächtigten und des Dritten und des Prinzipals für sich. Sie hat auch die dreifache Willenserklärung dieser drei Personen für sich; die Willenserklärung des Prinzipals ist enthalten in der Vollmacht und wird durch den Bevollmächtigten dem Dritten überbracht; durch die Vorzeigung der Vollmachtsurkunde oder die Erwähnung der schriftlich oder mündlich ertheilten Vollmacht. Das im Namen des Prinzipals geschlossene Geschäft beruht also auf einem dreifachen Willen und einer dreifachen Willenserklärung; es ist ein dreiseitiger Vertrag und wesentlich ein solcher."[4)] Wenig später aber lautet seine Ansicht:[5)]

---

2) a.a.O. S. 227.

3) a.a.O. S. 229.

4) 1. Bd., 6. Aufl., S. 21o.

5) 1. Bd., 6. Aufl., S. 229.

"Alle durch den Vertrag des Bevollmächtigten begründeten Rechte und Verbindlichkeiten sind ursprüngliche Rechte und Verbindlichkeiten des Prinzipals. Dieselben entstehen aber für den Prinzipal nicht schon aus jenem Vertrag, sondern vermittelst desselben aus dem gewollten eigenen Vertrag des Prinzipals. Dieser Vertrag, welchen der Prinzipal selber mit dem Dritten geschlossen hat, ist aber nicht der alleinige, und nicht der ursprüngliche Vertrag, welcher die Rechte und Verbindlichkeiten des Prinzipals begründet. Diese werden begründet durch zwei Verträge mit dem Dritten. Der Bevollmächtigte hat einen Vertrag mit ihm geschlossen mit Hinweisung auf den Willen und die Willenserklärung des Prinzipals, und der Prinzipal einen Vertrag mit ihm kraft dieser Hinweisung. Aus des Bevollmächtigten ursprünglichem Vertrag .... entsteht ein ursprünglicher Vertrag des Prinzipals. Der Grundvertrag erzeugt vermittelst der Vollmacht den Hauptvertrag, und dieser eigene Vertrag des Berechtigten und Verpflichteten begründet für diesen ursprüngliche Rechte und Verbindlichkeiten."
Welchen Inhalt der Grundvertrag noch haben kann, wenn Rechte und Verbindlichkeiten erst durch den Hauptvertrag entstehen, sagt Thöl nicht; auch gibt er keine befriedigende Erklärung dafür, daß aus einem Vertrag ein zweiter entsteht.
Eindeutig klar wird dagegen sein fortgesetztes, fast verzweifeltes Bemühen, trotz Anerkennung der Wirkungen der direkten Stellvertretung, wie sie das HGB vorsieht, soweit als möglich mit dem römischen Recht in Einklang zu bleiben, und sei die Konstruktion auch noch so kühn und schwer verständlich.

Eine eigenwillige Stellvertretungslehre vertrat auch Kuntze[6]. Er ging aus von dem Grundsatz, daß die Obligation unlösbar mit der Handlung, die sie begründe, verbunden sei, da ein Recht nicht von seinem Objekt getrennt werden könne,

---

6) Vgl. Everding, a.a.O., S. 49 ff.

weshalb weder eine anfängliche noch eine nachträgliche Translocation der Obligation möglich sei.[7]
So kam er zur Ablehnung der echten unmittelbaren Stellvertretung, denn auch die Annahme einer Fiktion wies er als äußersten Notweg zurück.[8] Er hielt es aber für möglich, daß der "Vermögensstoff einer Obligation durch eine neue Obligation auf eine dritte Person hinübergeleitet werden könne." Damit war der Dritte für ihn das Subjekt einer sich an die ursprüngliche Obligation anlehnenden Obligation, die mit dem gleichen Vermögensstoff wie die ursprüngliche angefüllt sei.[9] Unter Vermögensstoff verstand Kuntze dabei das praktische Ziel der obligatorischen Leistung, das er streng vom Rechtsobjekt der Obligation trennte.[10]
Seine Konstruktion war folgende:
Für den Bezug der Forderungsseite einer Obligation von vornherein auf einen dritten Unbeteiligten "knüpft das Recht an den Vertrag, welcher in den Vertragsparteien die unumgängliche Stammobligation erzeugt, die Entstehung einer, aus dieser sich ableitenden Zweigobligation in der dritten Person, indem je nach Bedarf jene Stammobligation nebenbei in voller Kraft besteht oder der materiellen Bedeutung durch Versagung der Klage entäußert wird, so daß dem praktischen Erfolge nach die Zweigobligation allein wirksam ist."[11]
Der sofortige Bezug der Schuldnerseite einer Obligation auf den Dritten im Wege der Singularrepraesentation geschah für Kuntze ebenfalls durch Entstehung einer Zweigobligation aus der Stammobligation.[12] Er behauptet dazu: Die Entstehung der Zweigobligation ist möglich "durch einen positiven Rechtssatz, der an den Vertragsabschluß des Stellvertreters geknüpft ist."[13] Der Erwerb der Zweigobligation aber sei

---

7) Singular [illegible], S. 267/268.
8) a.a.O., S. 271/272.
9) a.a.O. S. 268.
10) a.a.O. S. 139.
11) a.a.O. S. 268.
12) a.a.O. S. 269.
13) a.a.O. S. 290.

abhängig von einem besonderen, außerhalb gelegenen Rechtsverhältnis zwischen dem Erwerber der Zweigobligation und einem der Subjekte der Stammobligation.[14]
Zum Abschluß seiner Ausführungen aber sagte Kuntze selbst:[15] "Wer nun freilich von einer prinzipiell anderen Auffassung des Obligationsbegriffes ausgeht, d.h. wer die Ablösbarkeit der Obligation von ihrem Entstehungsgrunde, Übertragbarkeit und Circulationsfähigkeit analog einer Sache annimmt, der bedarf meiner Formel nicht."

Von einem gänzlich anderen Ausgangspunkt als alle modernen Anhänger direkter Stellvertretung ging Schloßmann aus. Während man sonst, vor allem gerade gegen Ende des 19. Jahrhunderts, den Willen der Beteiligten heranzog, um die Vertretungswirkungen zu rechtfertigen und zu erklären, lehnte Schloßmann dies entschieden ab und behauptete, daß die Herrschaft des Willensprinzips bereits gebrochen sei: "Immerhin glaubt heute niemand mehr ernstlich, daß der Versprechende verpflichtet werde, weil er verpflichtet werden will, und daß die Rechtsordnung, die dem Versprechen verpflichtende Kraft zu-schreibt, sich damit zur gehorsamen Vollstreckerin des Parteiwillens mache. Nicht weil ich verpflichtet sein will, werde ich verpflichtet, sondern weil ich in dem Empfänger des Versprechens eine Erwartung erweckt habe, welche zu erfüllen eine Forderung der Gerechtigkeit ist. Ist es schon unbegreiflich, wie mein eigener Wille mich zu verpflichten imstande sein sollte, so wird man umso weniger verstehen können, wie mein Wille die Kraft haben sollte, die Haftung aus dem von mir geschlossenen Geschäft auf einen anderen zu leiten."[16]
Seine Erklärung für den Eintritt unmittelbarer Stellvertretungswirkungen in der Person des Vertretenen sah so aus: Die Bedeutung des Handelns im fremden Namen sah er "im Kontrahieren unter der Vereinbarung, daß die Wirkungen

---

14) a.a.O. S. 364.
15) a.a.O. S. 293.
16) a.a.O., 1. Teil, S. 99.

nicht den Vertreter treffen sollen." Dieser Haftungsausschluß führe dazu, daß die Wirkungen nun in der Person des Vertretenen eintreten müßten, denn "daß er (der Vertretene) unmittelbar von den Wirkungen des Geschäftes betroffen wird, das beruht auf dem im modernen Rechte geltenden Grundsatz, daß dem Dritten immer entweder nur der Vertreter oder der Vertretene haftet und daß die Haftung des Vertretenen Platz greift, sofern der Vertreter die Wirkung des Geschäfts vertragsmäßig von sich abgelehnt hat."[17]

Gänzlich verzichtet aber auch Schloßmann nicht auf den Parteiwillen, wenn er ihm auch eine andere Bedeutung als üblich beilegte: "Ein selbstverständliches Begleitmoment der die Geschäftswirkungen von dem Vertreter ablenkenden Abrede ist der Wunsch des Vertreters, daß die Vorteile aus dem Geschäft dem Vertretenen zu Gute kommen sollen, und die Erwartung des Dritten, daß die ihm gebührende Leistung von dem Vertretenen werde beschafft werden. Hierin liegt aber nicht eine rechtlich notwendige Bedingung der direkten Vertretungswirkung, sondern ist wie bei jedem ernstlich geschlossenen Geschäft dieser Art ein psychologisches Moment gelegen, das also nicht Ursache, sondern nur eine condicio sine qua non für die Entstehung der direkten Vertretungswirkungen darstellt, obwohl die Kontrahenten meist von dem Glauben, durch ihren Willen allein sie hervorzurufen, erfüllt sein werden.Eine für sich alleinstehende Ausschließung der Geschäftswirkung würde, wenn zugleich erhellte, daß nach der Absicht der Contrahenten die Ansprüche dem Vertretenen nicht erworben werden sollen und daß der Dritte seine Erwartung nicht auf Leistung seitens des Vertretenen richtet, das Geschäft als juristisches Nichts erscheinen lassen."[18]

Durch die Hintertür verschaffte so Schloßmann selbst dem Willensprinzip wieder Eingang.

---

17) a.a.O. S. 33o - 333.

18) a.a.O., 2. Teil, S. 334/335.

Auch Mitteis stellte eine Vertretungslehre auf,[19] die sich unter keine der genannten Theorien, die er auch ausdrücklich als in ihren Resultaten unbefriedigend ablehnte[20], subsumieren läßt. Seiner Konstruktion muß nachfolgender Gedanke vorangestellt werden:[21] "Wir können ... den Rechtssatz aufstellen, daß bei den durch Stellvertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäften weder der Prinzipal noch der Stellvertreter eo ipso als der Alleinhandelnde anzusehen ist, sondern jeder in soweit handelt, als sein concreter Wille es ist, welcher die Erklärung als ihr juristischer Bestimmungsgrund veranlaßt, und in derselben zum Ausdruck gelangt. Soweit hiernach Stellvertreter oder Prinzipal das Rechtsgeschäft gewollt haben, in soweit ist die Giltigkeit und Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts nach dem Willen der Betreffenden zu beurtheilen." Wenn die wahre Willensverteilung so für Mitteis das entscheidende Moment war, anerkannte er dennoch[22], "daß die aus dem reinen Willensprinzip sich ergebende Beurtheilung des Rechtsgeschäfts durch das äußere Auftreten des Vertreters modificirt wird."
Nach dem Prinzip der Willensverteilung zwischen Vertreter und Vertretenem schied er drei Gruppen voneinander:[23]
a) es ist der gesamte Rechtsgeschäftsinhalt durch den Willen des Vertretenen (im Auftrag) festgestellt;
b) es enthält die Vollmacht keinen konkreten Willen, so daß der Stellvertreter allein den Geschäftsinhalt bestimmt;
c) die einheitliche Erklärung ist teils durch den Willen des Vertretenen, teils durch den des Vertreters be-

---

19) Vgl. Everding, a.a.O. S. 81 ff.
20) a.a.O. S. 102.
21) a.a.O. S. 119.
22) a.a.O. S. 111.
23) a.a.O. S. 126/127.

stimmt.[24]
Nach dem zweiten Prinzip, daß der beteiligte Dritte sich auf die Art des Auftretens der Mittelsperson müsse verlassen können, ergaben sich ihm die nachstehenden weiteren Gruppen:[25]
1) Ist der Vertreter willenlos und tritt er als Bote auf, so ist allein die Person des Vertretenen maßgeblich.
2) Ist der Vertreter willenlos und tritt er als selbstbeschließend auf, so ist die Person des Vertretenen ebenfalls maßgeblich, soweit der Dritte nicht als berechtigt anzusehen ist, sich auf das äußere Auftreten der Mittelsperson zu berufen.
3) Ist der rechtsgeschäftliche Wille geteilt, und tritt der Vertreter als Bote auf, so ist wieder die tatsächliche Willensverteilung maßgeblich, soweit nicht der gute Glaube des Dritten Beachtung verdient.
4) Ist der rechtsgeschäftliche Wille geteilt, und tritt der Vertreter als selbstbeschließend auf, so ist in erster Linie die wirkliche Willensverteilung maßgebend, daneben greift aber wieder das Prinzip des Gutglaubensschutzes durch.
5) Ist der konkrete Wille beim Vertreter und tritt er als selbstbeschließend auf, so ist sein Wille allein maßgeblich.
6) Ist der konkrete Wille bei ihm, tritt er aber als Bote auf, so wird der gutgläubige Dritte in seinem Glauben wieder geschützt.
Mitteis leugnete damit zugleich den Unterschied zwischen Bote und Stellvertreter und warf Laband, Schliemann und Zimmermann vor, daß sie zu Unrecht das äußere Auftreten des Vertreters für das entscheidende Kriterium erachteten,

---

24) a.a.O. S. 121/122: Diese Willensteilung kann extensiv oder intensiv sein. Als Beispiel für erstere führte M. einen von einem Vertreter getätigten Pferdekauf an, bei dem der Vertretene den Kauf eines bestimmten Pferdes wünschte. Bezüglich des Pferdes erklärte der Vertreter nach seiner Meinung dann lediglich den Willen des dominus, weshalb es auch unschädlich sei, wenn der Vertreter Mängel des Pferdes kenne. Für die intensive Willensteilung gab M. als beispielhaften Fall den, daß der Prinzipal zwar einen praecisen, aber bedingten Willen erkläre und es dem Vertreter überlasse, diesen als unbedingten zu erklären (vgl. v. Canstein's Entscheidungsmandatar), weshalb beide am Contract beteiligt seien, also auch die Kenntnis beider maßgebend sei.

25) a.a.O. S. 127/128

denn der Vertreter, der sich nach außen als Bote geriere, sei ebenso Stellvertreter wie derjenige, der als selbstbeschließend auftrete.[26)]

Um zu der Annahme gelangen zu können, der Vertretene sei an dem Abschluß des Geschäftes mit dem Dritten beteiligt, mußte Mitteis eine eigene Auffassung von der Vollmacht, "die der Handlung des Stellvertreters erst die Kraft verleiht, für den Vertretenen zu wirken", haben. Die Vollmacht stand für ihn im engsten Contact mit dem Geschäft des Vertreters; die Willenserklärung des Prinzipals, die in der Vollmachtserteilung liegt, hatte für ihn zweierlei Bedeutung: einmal als Voraussetzung dafür, daß der Vertreter wirksam für den Vertretenen handeln könne, zum anderen gab sie ihm Aufschluß darüber, inwieweit der Wille des Prinzipals in dem Geschäft des Vertreters von Einfluß sei. Deshalb mußte Mitteis die von den Anhängern der Repraesentationstheorien vertretene Anschauung, die Vollmacht sei einseitiger, außerhalb des Stellvertretergeschäftes stehender Akt, ablehnen.[27)] Insoweit kommt er der Auffassung v. Savigny's wieder nahe.

---

26) a.a.O. S. 11o.

27) a.a.O. S. 183/184.

10. K a p i t e l

Die Kodifikationsarbeiten zum BGB

An der Zulässigkeit der direkten Stellvertretung bestand zu Beginn der Kodifikationsarbeiten kein Zweifel mehr, denn die Repraesentationstheorien hatten die Mehrzahl der Stimmen für sich gewinnen können.
Eine besondere Stellungnahme zur juristischen Konstruktion in den Entwürfen wurde deshalb für entbehrlich gehalten, weil bereits aus den §§ 117, 118 des ersten Entwurfes zu ersehen war, daß man sich auf den Boden der Separationstheorie stellte, also die Vornahme des Geschäftes grundsätzlich nach der Person des Vertreters, der es abschloß, die Wirkungen desselben aber nach der Person des Vertretenen beurteilte.[1)]

Weil der Stellvertreter von den Geschäftswirkungen nicht betroffen wird, kann er auch beschränkt geschäftsfähig sein, denn man stellte sich auf den Standpunkt, daß die für beschränkt Geschäftsfähige geltenden Einschränkungen ihrem Grund und Zweck nach sich nur auf eigene Angelegenheiten dieser Personen bezogen.[2)]

Unter Vertretung wurde die Vertretung im Willen verstanden, und im allgemeinen festgehalten, daß ein Fall der Vertretung dort gegeben sei, wo der Mittelsperson eine Willenswahl gelassen werde; gleichzeitig wurde aber offen gelassen, ob die Vertretung in der Willenserklärung, die grundsätzlich

---

1) Motive, 1. Bd., S. 225.

2) Motive, 1. Bd., S. 227.

§ 117: "Das Erforderniß der Übereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen, imgleichen die Erheblichkeit von Drohung, Betrug, Irrthum und Wissenmüssen bestimmt sich nach der Person des Vertreters."

§ 118: "Ist die Ermächtigung zur Vertretung von dem Vertretenen durch Rechtsgeschäfte ertheilt (Vollmacht), und bezieht sich die Ermächtigung auf ein bestimmtes Rechtsgeschäft, so ist ein Nichtwissen des Vertreters unerheblich, wenn der Vertretene wußte oder, sofern dem Wissen das Wissenmüssen gleichsteht, wissen mußte."

in das Gebiet der Botenschaft eingereiht wurde[3], ein Mittelglied zwischen eigentlicher Vertretung und einfachem Handeln für andere darstelle.[4]
Die mittelbare Stellvertretung klammerten die Kodifikatoren aus dem Bereich der Stellvertretung gänzlich aus[5] und beschränkten das Institut der Stellvertretung vorwiegend auf die vermögensrechtlichen Geschäfte.[6]

Wie auch fast durchweg in der Lehre, Rechtsprechung und früheren Gesetzgebung wurde die Kundgabe des Vertretungswillens für erforderlich erklärt: der Vertreter muß im fremden Namen handeln, doch muß dies nicht immer ausdrücklich geschehen; es genügt, wenn die Umstände für den Vertragspartner den Vertretungswillen des anderen ergeben.[7]

Die Stellvertretung wurde nun auch als umfassendes Rechtsinstitut gesetzlich geregelt; als Rechtsfigur, die aktive und passive Stellvertretung ebenso einschließt wie die Vertretung im Erwerbs- und Verpflichtungsgeschäft (Vgl. § 116 Abs. 1 und 3).

---

3) Die Motive (1. Bd. S. 2o3) wie die Protokolle (1. Bd. S. 117) enthalten wenig Ausführungen zum Botenbegriff. In den Motiven wird die mündliche Botenbestellung der Telegraphenübermittlung gleichgesetzt: "Die Gleichstellung der Fälle mag theoretisch anfechtbar sein, liegt aber im Verkehrsinteresse: Wer durch Vermittlung einer anderen Person seinen Willen kundgiebt, muß die auf die Wiedergabe gerichtete Erklärung dieser Person als seine Erklärung gelten lassen." Die Protokolle enthalten nur den Vermerk, daß Einigkeit darüber bestehe, daß die unrichtige Übermittlung einer Mittelsperson dem Irrtum bei einer selbst abgegebenen Erklärung gleichgesetzt werden müsse.
Zu dem Streit, ob es eine Stellvertretung in der Erklärung gebe, vgl. namentlich Windscheid, der dies in Pandekten, 1. Bd., 5. und folgende Auflagen § 73 S. 19o Note 2 bejaht, und Zimmermann, a.a.O. S. 17 ff, der den gegenteiligen Standpunkt einnimmt.

4) Motive, a.a.O. S. 223, 226-228.

5) Motive, a.a.O. S. 223.

6) Motive, a.a.O. S. 224.

7) § 116: (1. Entwurf) "Durch ein Rechtsgeschäft, welches der Vertreter innerhalb der Grenzen seiner Vertretungsmacht vornimmt, wird der Vertretene unmittelbar berechtigt und verpflichtet. Es macht keinen Unterschied, ob der Vertreter das Rechtsgeschäft ausdrücklich im Namen

Die Vollmacht "als eigenartiges Rechtsinstitut" wurde vom Auftrag, der auf Vornahme eines Rechtsgeschäfts im eigenen wie im fremden Namen gerichtet sein kann, getrennt und als die auf rechtsgeschäftlicher Erteilung beruhende Ermächtigung zur Vertretung gesehen. In den Motiven heißt es dazu: "Wenn bei der Bevollmächtigung behufs Ausführung eines Auftrages eine Annahmeerklärung hinzuzutreten hat, so bezieht sich diese Erklärung auf den Antrag zur Übernahme des Auftrages, nicht auf die Bevollmächtigung; letztere steht solchenfalls unter der Bedingung, daß der bezüglich des Auftrages gestellte Vertragsantrag angenommen wird."[8)]

Das Zusammentreffen von Vollmacht und Auftrag wurde bei den Beratungen zum ersten Entwurf als auf dem Verhältnis von Mittel und Zweck beruhend bezeichnet:[9)] "Durch die Annahme des Auftrages übernimmt der Beauftragte die Verpflichtung, das Rechtsgeschäft im Namen des Auftraggebers einzugehen, und um dieser Verpflichtung genügen zu können, erhält er gleichzeitig, aber durch ein besonderes Rechtsgeschäft, die Macht, im Namen des Auftraggebers aufzutreten."

Zu S. 151, Fußnote 7):

des Vertretenen vorgenommen hat, oder ob die Umstände ergeben, daß dasselbe nach dem Willen des Handelnden im Namen des Vertretenen vorgenommen werden sollte.
II Ist der Wille, im fremden Namen zu handeln, nicht kundgegeben, so kommt der Mangel des Willens' in eigenem Namen zu handeln, nicht in Betracht.
III Auf eine Willenserklärung, welche von einem Dritten gegenüber dem Vertreter abgegeben wird, finden die Vorschriften des ersten Absatzes entsprechend Anwendung."

Wie Absatz zwei zeigt, entschieden sich die Gesetzgeber dafür, daß das äußere Auftreten, nicht der innere nicht zu Tage getretene Wille des Vertreters rechtsgestaltende Wirkung habe, und versagten dem Vertreter zudem das Anfechtungsrecht.
Den Streit, ob der Dritte sich nicht auch an den Vertretenen halten könne, entschied das RG (58. Bd. S. 273) dahin, daß der Dritte nur zu dem im eigenen Namen handelnden Vertreter in vertragliche Beziehungen getreten sei

8) Motive, a.a.O. S. 229.

9) Motive, a.a.O. S. 229.

Doch wurde später in den Protokollen[10] besonders hervorgehoben, daß Vollmacht und Auftrag dennoch in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis stünden, "..... weil die Vollmacht kein abstraktes Rechtsgeschäft bildet, sich vielmehr stets an ein anderes Rechtsverhältnis anlehnt und mit dessen Existenz steht und fällt."
Das RG milderte diese Auffassung wieder etwas:[11] Ihm erschien es richtig, daß nach dem BGB die Vollmacht von dem Innenverhältnis zu trennen sei: "Allein die Vollmacht kann, auch wenn man nach dem bürgerlichen Gesetzbuch in ihr ein abstraktes Rechtsgeschäft sieht, doch in ihren Wirkungen nicht als völlig losgelöst von dem Kausalverhältnis beurteilt werden. Die enge Verbindung mit diesem zeigt § 168 BGB."
Abgelehnt wurden die dem ALR (I,13, §§ 119 ff und I,13 II 99 mit 108) und anderen älteren Gesetzbüchern bekannten Institute der "vermutheten" und der Spezialvollmacht, und eine Bestimmung über stillschweigende Vollmachtserteilungen nicht aufgenommen, weil man hierdurch in das nicht zu erschöpfende Gebiet der Kasuistik zu geraten fürchtete.[12]
Man bestimmte auch, daß auf die Widerruflichkeit der Vollmacht nicht verzichtet werden könne, weil die Stellung des Bevollmächtigten eine Vertrauensstellung sei und ihn die Vollmacht nicht zu einem Berechtigten, sondern nur zu einem zu rechtlichem Handeln im fremden Namen Ermächtigten mache.[13]

---

10) Protokolle, a.a.O. S. 229.
11) RGZ E Bd. 75 S. 299.
12) Motive, a. Bd. S. 230/231.
13) Motive, a.a.O. S. 233.

Bei der Lösung des Problems des Gutglaubenschutzes Dritter im Bereich der Stellvertretung gingen die Kodifikatoren davon aus, daß der Gutglaubensschutz eine Ausnahme und kein allgemeines Rechtsprinzip sei; eine Ausnahme zudem, die nur durch dringende Gründe praktischer Zweckmäßigkeit gerechtfertigt sei.[14] Deshalb sei ein Anlaß zum Gutglaubensschutz bei der Stellvertretung nur dann gegeben, wenn der Vollmachtgeber dem Dritten die Vollmachterteilung besonders kundgegeben habe.[15] Eine solche Einzelkundgabe oder auch die öffentliche Bekanntmachung gelte dem Empfänger gegenüber gem. § 12o des ersten Entwurfes als selbständige Bevollmächtigung und desgleichen gem. § 121 Abs. 1 die Vorlage einer Vollmachtsurkunde. Damit sei der gutgläubige Dritte gegen ein Erlöschen der Vollmacht durch Widerruf und Kündigung, die sich lediglich zwischen dem Vollmachtgeber und dem Bevollmächtigten vollzögen, hinreichend geschützt; nicht geschützt werde er aber gegen ein Erlöschen aus anderen Gründen.[16]

Um des Verkehrsbedürfnisses willen wurde auch die vollmachtlose Vertretung gestattet, allerdings gem. § 126 Abs. 1 des ersten Entwurfes die aktive vollmachtlose Vertretung grundsätzlich ausgeschlossen, da der Erklärungsempfänger, der sich ihrer Vornahme nicht entziehen könne, sonst unerträglichen Konsequenzen ausgesetzt wäre. Eine Ausnahme wurde deshalb nur dann gemacht, wenn der Empfänger sich mit der Vornahme einverstanden erkläre.[17]

Bei der gesetzlichen Behandlung der Vertragsschlüsse eines ohne Vollmacht handelnden Vertreters wurde unterschieden, ob er seine fehlende Ermächtigung angezeigt habe oder nicht. Im ersten Fall wurde der Vertrag im wesentlichen den gleichen Grundsätzen unterstellt, die für einen ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters geschlossenen Vertrag

---

14) Für den Bevollmächtigten gilt § 119 III mit § 6o3 des ersten Entwurfs.

15) Motive, a.a.O. S. 236.

16) Motive, a.a.O. S. 238/239.

17) Motive, a.a.O. S. 245.

eines Minderjährigen entwickelt worden waren (§§ 65, 127 erster Entwurf): Bis zur Genehmigung bleibt der andere Partner gebunden gem. § 123 Abs. 1 und 2 des ersten Entwurfes. Die Genehmigung wurde als Gesetzesbedingung erachtet, weshalb sie formfrei erteilt werden dürfe. Unterbleibe sie, so sei der Vertrag endgültig unwirksam.[18)]

Habe der Vertreter dagegen ohne Kundgabe des Vollmachtmangels den Vertrag geschlossen, indem er entweder ausdrücklich oder konkludent durch sein Auftreten versichert habe, Vertretungsmacht zu besitzen, so müsse dem Dritten der Billigkeit halber gem. § 124, wenn er den Mangel nicht gekannt habe, ein Rücktrittsrecht vor Erteilung der Genehmigung zugestanden werden.
Blieb eine Genehmigung des Vertretenen aus, so hielt man, anders als im erstgenannten Fall, eine Haftung des Stellvertreters gegenüber dem gutgläubigen Dritten für unerläßlich. In der Begründung dieser Haftung nahmen auch die Kodifikatoren des BGB eine schwankende Haltung ein: Bei den Beratungen zum ersten Entwurf war zwar anerkannt worden:[19)] "Theoretisch mag zwar Manches dafür sprechen ,.... soweit nicht Betrug vorliegt, auf die culpa in contrahendo abzustellen, und die Haftung des Vertreters auf das sog. negative Interesse ... zu beschränken." Aber man war doch der Auffassung, daß hiermit dem Verkehrsbedürfnis nicht genügend Rechnung getragen werde, denn "der Verkehr erfordert, daß jeder, der als ermächtigter Vertreter auftritt, ohne Rücksicht darauf, ob ihn eine Fahrlässigkeit trifft, voll dafür einzustehen habe, daß die Vertretungsmacht vorhanden sei oder doch die Genehmigung nachträglich hinzutrete." ..... Desgleichen ist die Haftung des Vertreters auf das positive Interesse, das Erfüllungsinteresse, zu erstrecken," wobei die Einräumung eines Wahlrechts billig sei. Man stellte die Haftung "gewissermaßen auf ein

---

18) Motive, a.a.O. S. 241/242.
19) Motive, a.a.O. S. 243/244.

stillschweigendes Garantieversprechen" und schloß sich damit Windscheid und der früher vom preußischen Obertribunal und zuletzt auch vom RG vertretenen Meinung an.

In den Protokollen der Beratungen zum zweiten Entwurf ist vermerkt, daß erneut über die Probleme der Haftung des falsus procurator diskutiert worden sei. Die Annahme eines Garantieversprechens erschien vielen doch angreifbar, da sie in den meisten Fällen einer Fiktion gleichkomme.[20] Auch der Haftungsumfang war auf's Neue Gegenstand der Debatte.
Man behielt schließlich nur den Gesichtspunkt übrig, daß derjenige, der als Stellvertreter auftrete und dabei über den Vollmachtsmangel im Irrtum sei, dies auf eigene Gefahr tue, weshalb seine Haftung auch auf das negative Interesse beschränkt werden müsse. Eine Haftung auf das positive Interesse erschien nur noch annehmbar, wenn der Vertreter um die fehlende Vollmacht gewußt hatte, so daß er dolos oder bewußt auf eigene Gefahr gehandelt habe.[21]
Eine weitere Haftungserleichterung wurde dem Stellvertreter dadurch gewährt, daß man ihn von der Schadensersatzpflicht freistellte, wenn der andere den Mangel zwar nicht gekannt hatte, ihn aber hätte kennen müssen (§ 146, II, zweiter Entwurf). Da beschränkt Geschäftsfähige zur Vertretung zugelassen worden waren, mußte nun bestimmt werden, daß sie nicht haften, wenn sie ohne Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters als vollmachtlose Stellvertreter auftraten, weil sonst der Minderjährigenschutz illusorisch geworden wäre.[22]

Wechselnde Ansichten wurden auch in den verschiedenen Lesungen zu der Frage vertreten, ob und wie weit ein Selbstcontrahieren zugelassen werden solle. Die Diskussion über dieses Thema war zur Zeit der Kodifikation des BGB auch in der Literatur sehr angeregt.

---

20) Protokolle, a.a.O. S. 158/159.

21) Protokolle, a.a.O. S. 160.

22) Vgl. § 125 des ersten Entwurfes mit § 146 III des zweiten Entwurfes.

Wie Rümelin[23] in seiner historischen Untersuchung feststellte, war in der gemeinrechtlichen Doktrin bis zum Erscheinen des Aufsehen erregenden Aufsatzes von Römer im Jahre 1874 allgemein die grundsätzliche Unzulässigkeit des Selbstcontrahierens angenommen worden, ohne daß erkennbar gemacht worden wäre, ob die Regel von der Unzulässigkeit des Selbstcontrahierens auf ein positives Verbot der Quellen gegründet oder als etwas an sich Unmögliches angesehen werde, dessen Gegenteil die Rechtsordnung gar nicht bestimmen könne.[24]

Auch das ROHG hatte noch im Jahre 1873[25] die Zulässigkeit des Selbstcontrahierens bestritten mit der Begründung: "Es ist nach den Grundsätzen des Civilrechts wie des Handelsrechts - von besonderen Ausnahmen abgesehen - rechtlich unmöglich, daß bei einem Vertrage die Stellen einander gegenüberstehender Contrahenten durch ein und dieselbe Person vertreten werden können.

Römer[26] gebührt das Verdienst, herausgestellt zu haben, daß der Gültigkeit des Selbstcontrahierens nicht die begriffliche Unmöglichkeit derartigen Contrahierens entgegenstehe. Wie allgemein üblich, behandelte er dabei sowohl den Fall, daß jemand als Vertreter zweier verschiedener Personen handle, wie denjenigen, daß jemand im Namen eines anderen mit sich selbst ein Geschäft vornehme. Er legte dar, daß der Stellvertreter bei solchen Verträgen ja nicht Gläubiger und Schuldner in einer Person werde, was allerdings unzulässig erscheinen müßte. Daß ein und derselbe Wille, der des Vertreters, im Falle des Selbstcontrahierens Vertragswirkungen in der Person verschiedener Rechtssubjekte hervorrufe, erschien Römer als kein Hindernis, wobei für ihn noch folgendes hinzukam:[27] "Uebrigens gilt ja, wo die

---

23) Selbstcontrahieren, S. 2-4.

24) Vgl. Sintenis, a.a.O. S. 577/578.

25) ROHG E Bd. 8 S. 392.

26) Zschr. F. HR Bd. 19 S. 67/68.

27) a.a.O. S. 69.

direkte Stellvertretung anerkannt ist, der Wille des Vertreters als Wille des Vertretenen; das Recht, welches die direkte Stellvertretung zuläßt, muß daher, wo der Stellvertreter für den Vertretenen mit sich selbst als Privatperson ein Rechtsgeschäft abschließt, nothwendig zwei Willen als in Thätigkeit tretend und das Rechtsgeschäft schließend annehmen."

Der gleichen Ansicht schloß sich das RG an[28], indem es ausführte: "Es kann nicht entgegnet werden, daß niemand Gläubiger und Schuldner in einer Person sein könne. Denn das durch den Vertragsschluß des Stellvertreters begründete Obligationenverhältnis entsteht in der Person des Vertretenen, folglich, wenn der Vertreter zweier verschiedener Rechtssubjekte eine Verbindlichkeit des einen gegen den anderen übernimmt, zwischen den beiden von ihm vertretenen Personen .... Ebensowenig ist ein solcher Vertragsschluß mit dem Begriffe des Vertrages unverträglich.... Die zum Wesen des Vertrages gehörige wechselseitige Einwilligung .... ist in diesem Fall vorhanden, wenn einmal zugegeben ist, daß beim Vertragsschluß der Wille des Stellvertreters den Willen desjenigen, in dessen Person das Rechtsgeschäft entstehen soll, zu ersetzen vermag." Allerdings durfte es auch nach der Meinung des RG nicht an der erforderlichen gegenseitigen Erklärung des Vertragswillens durch den Vertreter fehlen.

Römer wie das RG folgerten damit letztlich die Zulässigkeit des Selbstcontrahierens aus der Zulassung der direkten Stellvertretung überhaupt.

v. Hahn[29] suchte das Problem in ähnlicher Weise zu lösen. Für ihn war es entscheidend, aber für die Gültigkeit des Selbstcontrahierens auch ausreichend, daß nicht ein und dieselbe, sondern zwei verschiedene Personen von dem Geschäft betroffen werden: "Allerdings hat es keine Bedenken, daß eine physische Person mit sich selbst kontrahiert, an sich liefert, aber nothwendige Voraussetzung ist,

---

28) RGZ E Bd. 6 S. 13.

29) Zschr. f. HR Bd. 29 S. 2/3.

daß diese physische Person in rechtlicher Beziehung in zwei Persönlichkeiten auseinanderfällt, daß sie also entweder nach der einen Richtung in eigenem, nach der andern in fremdem Namen, oder daß sie nach beiden Richtungen im Namen verschiedener Personen handelt. Ein Rechtsgeschäft kann nur zu Stande kommen, wenn die von den rechtlichen Folgen des Abschlusses unmittelbar betroffenen Personen verschieden sind."

Die neue Ansicht blieb nicht unangegriffen. Man warf ihren Anhängern vor, das Wesen des Vertrages zu verkennen. So sagte Bechmann[30]: "Jeder Vertrag ist die Einigung zweier selbständiger Willen, die von entgegengesetztem Ausgangspunkt sich einander nähern und schließlich in einem Punkte zusammentreffen. Die Einigung besteht nicht aus einer innerlichen Ausgleichung widerstrebender Erwägungen, wie wenn Jemand mit sich einig wird; sie ist vielmehr eine rein äußerliche. Deswegen kann aber dieser Einigungsprozeß gar nicht in der Seele eines Einzigen sich vollziehen; an die Stelle des Vertrages würde damit lediglich der Entschluß treten."[31]

Rümelin[32] griff die Erkenntnis Bechmann's, daß es sich bei dem Selbstcontrahieren eines Stellvertreters in Wahrheit um einen einzigen Willensentschluß handle, auf, und gab damit die fundamentale Differenz zwischen einem gewöhnlichen Vertragsschluß zweier Personen und dem Vorgang des Selbstcontrahierens offen zu, und ebenso die Unmöglichkeit, die

---

30) Kauf, 2. Bd., S. 287/288.

31) Ruhstrat führte diesen Gedanken weiter aus (Ih. Jhb. Bd. 27 S. 49/50): "Daraus ergiebt sich aber weiter, daß Jemand, der bei einer Kontraktschließung beide Kontrahenten vertritt und nicht bloß die fertigen Vertragsbedingungen von dem einen zu dem anderen zu tragen hat, sondern mit seinem eigenen Vertragswillen eingreifen muß, niemals zum Kontraktschluß kommen kann. Sofern er in jedem Augenblick der Kontraktschließung beide Kontrahenten vertritt, kann er zwar als Stellvertreter des einen und als Stellvertreter des anderen Kontrahenten dasselbe wollen, aber die beiden Willen laufen wie zwei Parallellinien nebeneinander her, ohne jemals zur Vereinigung zu gelangen. Denn zur kontraktlichen Vereinigung sind zwei selbständige divergierende Vertragswillen erforderlich."

32) a.a.O. S. 15, 16 und 28.

Wirksamkeit des Selbstcontrahierens aus dem gewöhnlichen Vertragsrecht oder dem Prinzip der Stellvertretung zu folgern. Doch protestierte er heftig gegen den daraus gezogenen Schluß, daß aus einem solchen Entschluß des Vertreters keine Vertragswirkungen hervorgehen könnten:[33] "Aufs allerentschiedenste muß Widerspruch dagegen erhoben werden, daß aus dem Mangel eines wirklichen Vertragstatbestandes geschlossen wird, es können von der Rechtsordnung an die Willenserklärung des Selbstcontrahenten unmöglich Vertragswirkungen geknüpft werden." Dieser Schluß ....." würde zur Voraussetzung haben, daß der einseitigen Willenserklärung überhaupt keine Sanktion ertheilt werden könne, mindestens dann nicht, wenn sie wie die Selbstkontrahierungsgeschäfte auf Hervorbringen von Vertragswirkungen ... gerichtet sei." Nach Rümelin's Ansicht stellte diese Behauptung eine petitio principii dar. Die Zulassung des Selbstcontrahierens sei eine Sache des Gesetzgebers; keinesfalls aber dürfe man von einer möglichen Interessenkollision auf eine Unmöglichkeit des Selbstcontrahierens schließen. Diese könne nur eine Unzulässigkeit, die im positiven Recht zu statuieren sei, ergeben.[34]

Den gleichen Ausgangspunkt nahm Hupka[35]: "Wir müssen vielmehr mit Rümelin die nackte Wahrheit anerkennen, daß das Selbstcontrahieren, weil bei ihm nur ein Wille thätig wird, ein einseitiger Rechtsact ist." Doch behauptete er abweichend von Rümelin, daß eine positive Sanktionierung dieses einseitigen Aktes nicht nötig sei, "weil sich eine principielle Gültigkeit schon daraus ergiebt, daß die Rechtsordnung eine Vereinigung der Verfügungsmacht über verschiedene Vermögen in ein und derselben Person als möglich anerkennt."[36]

---

33) a.a.O. S. 18.
34) a.a.O. S. 28.
35) Vollmacht, S. 276.
36) a.a.O. S. 276.

Als an die gesetzliche Regelung des Selbstcontrahierens herangegangen wurde, war man bei den Beratungen des ersten Entwurfes der Meinung, man solle der Rechtsprechung des RG folgen, und die Doppelvertretung wie das Selbstcontrahieren zulassen, trotz möglicher Interessenkonflikte.[37] Die direkte Stellvertretung bringe diese Figuren nun einmal mit sich; der Vertragsbegriff stehe ihrer Gültigkeit nicht entgegen: "Aus dem Vertragsbegriffe, welcher Aeßerung des Doppelwillens erfordert, folgt nur, daß es nicht genügt, wenn die gedachte Person den Doppelwillen lediglich in ihrem Inneren faßt oder für sich nach Art eines Monologes mündlich oder schriftlich verlautbart." Trete jedoch die Verlautbarung eines derartigen Willens hinzu, "so läßt sich das Zustandekommen eines gültigen Vertrages als möglich nicht in Abrede stellen."[38]
Der zweite Entwurf brachte eine Einschränkung, da man in der uneingeschränkten Zulassung der Doppelvertretung und des Selbstcontrahierens eine große Gefahr sah und meinte, daß auch das Verkehrsbedürfnis sie nicht verlange.[39]

Auf dem Gebiet der Verträge zu Gunsten Dritter aber wurde der alte Streit, ob der Versprechensempfänger oder der Dritte ein Forderungsrecht aus dem Vertrag erwerbe, dahin entschieden, daß dem Parteiwillen freigestellt wurde, das eine oder das andere zu bestimmen, wobei davon ausgegangen wurde, daß der Dritte, falls sein Rechtserwerb von den Parteien gewollt sei, das Recht ohne einen Beitritt zu dem Vertrag erwerbe.[4o]

---

37) Motive, a.a.O. S. 224/225.
38) a.a.O. S. 224.
39) Protokolle, a.a.O. S. 175.
4o) Motive, 2. Bd., S. 265-269; Protokolle, 1. Bd., S. 752.

L E B E N S L A U F

Am 31. 1. 1937 wurde ich als Tochter von Dr. med Hubertus Galm und Dr. Ulla Galm, geb. Frieboes, in Berlin geboren.

Nach vierjährigem Volksschulbesuch (1943 - 1947) in Malente/Schleswig-Holstein, Poel b. Wismar/Mecklenburg und Aschaffenburg/Unterfranken besuchte ich die humanistischen Gymnasien in Aschaffenburg und Miltenberg, wo ich im Sommer 1956 das Abitur machte.

Anschließend begann ich mit dem Studium der Rechte an den Universitäten Heidelberg, München und Erlangen. Im Sommersemester 1960 bestand ich an der Universität das erste juristische Staatsexamen.

Seit 1o. 1o. 1960 befinde ich mich als Referendarin im juristischen Vorbereitungsdienst.

Am 17. 8. 1962 schloß ich die Ehe mit dem Rechtsrefendar Paul Bauer.

GEDRUCKT BEI LUDWIG MÜLLER ERLANGEN